درر الحكام
شرح مجلة الأحكام

تأليف
علي حيدر
الرئيس الأول لمحكمة التمييز
وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية
ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالآستانة

تعريب
المحامي فهمي الحسيني

المجلد الثاني

الحوالة — الهبة
الرهن — الغصب
الأمانات — الحجر والإكراه والشفعة

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع

طبعة خاصة
١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع
العليا - غرب مؤسسة النحلية
ت : ٤٦٥١٦٨٩ - ٤٦٣١٧٢٢
ص.ب : ٦٤٦٠ - الرياض : ١١٤٤٢
تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦
المملكة العربية السعودية

طبعت هذه الطبعة بموافقة خاصة من

دار الجيل
بيروت

درر الحكام
شرح مجلة الأحكام

الكتاب الرابع
الحوالة

ان مشروعية الحوالة ثابتة بالسنة، واجماع الأمة، إذ ورد في الحديث الشريف (من أحيل على ملي فليتبع) فالأمر بالاتباع دليل على الجواز والأمر الواقع في هذا الحديث الشريف عند أكثر العلماء لأجل الاستحباب. ولكن في الرواية المنقولة عن الإمام أحمد بن حنبل هو للوجوب ونظراً لبيان صاحب البحر الأمر المذكور بأنه مباح. فهو دليل جواز نقل الدين شرعاً (البحر).

المقدمة

في بيان الاصطلاحات الفقهية العائدة للحوالة

الحوالة في لسان العرب اسم من الإحالة. تأتي بمعنى النقل المطلق. يعني سواء أكان المنقول ديناً أو عيناً (وحوالة الغراس) تفيد نقل فروع الشجرة من محل إلى آخر وفي اصطلاح الفقهاء مستعملة بمعنى المادة الآتية. وهذا الاستعمال من قبيل نقل العام إلى الخاص (الفتح والبحر).

﴿المادة ٦٧٣﴾ الحوالة هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى

أي نقل الدين والمطالبة به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. وبعد هذا النقل ينتقل أمر المطالبة بالدين من المحيل إلى المحال عليه. يعنى أنه بينما كان المطالب بالدين قبل الحوالة المحيل فيصير المطالب المحال عليه بعد الحوالة.

اختلاف المشايخ - ذهبت طائفة من المشايخ إلى أن الحوالة هي نقل الدين والمطالبة معاً، وهذا هو قول الإمام أبي يوسف. ودليلهم هو هذا: إذا وهب المحال له بعد الحوالة الدين المحال به إلى المحيل أو ابرأ ذمته منه لا تكون هبته وبراءته صحيحتين. فلو كان الدين باقياً في ذمة المحيل لكانت براءة المحال عليه وهبته صحيحتين وبالعكس براءة المحال عليه وهبته إياه الدين (الفتح والبحر ورد المحتار). وتعبير (نقل الدين من ذمة..) الوارد في هذه المادة وقول (يبرأ المحيل) المذكور في المادة (٦٩٠) دليل على قبول المجلة هذا القول.

سؤال (١) - لم تقبل المجلة هذا القول ولا القول الآتي. بل انها قبلت صورة ثالثة لأن القول الأول كما انه هو نقل الدين والمطالبة معاً فالقول الآتي نقل المطالبة فقط. فالمجلة تقول بنقل الدين فقط ولا تقول بنقل المطالبة. إذ ليس من لفظ بخصوص المطالبة.

الجواب - ان انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهذا ممتنع. ولهذا السبب اكتفت المجلة بذكر الدين فقط. لأنه عندما يذكر الدين تكون المطالبة كأنها قد ذكرت. ولاجل ذلك أضفنا شرحاً عبارة (المطالبة).

وليس في الحوالة التي تعقد على أن يؤدي الدين من الأمانة الوارد ذكرها في المادة (٦٩٤) نقل دين كما أن الحكم على هذا المنوال في الغصب على رأي القائلين بأن الواجب في الغصب رد العين وأن ضمان القيمة مخلص.

سؤال (٢) ـ نظراً للمادة (٦٩٤) لا ينقل الدين في الحوالة المشروط اعطاؤها في مال الأمانة. كما ان الحكم على هذا المنوال ايضاً عند من يقولون (الواجب في الغصب هو رد العين والقيمة مخلص)

الجواب - الحوالة بالوديعة هي في الحقيقة وكالة.

سؤال (٣) - لا نقل للدين في الحوالة الواقعة بدون اذن المحيل. مع أن هذه الحوالة صحيحة.

الجواب - الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه. لأن الحوالة هي الإحالة الحاصلة بفعل المحيل وهذا المعنى في هذه منتف. بل فيها شطر من الحوالة وهو عبارة عن اللزوم على المحال. وأما الشطر الآخر الذي هو انتقال الدين من المدين فهو مفقود (الفتح وأبو السعود).

وذكرت طائفة أخرى من المشايخ أن الحوالة عبارة عن نقل المطالبة فقط وأن الدين يبقى في ذمة المحيل. وهذا قول الإمام محمد.

وذكر هؤلاء المشايخ كدليل على مدعياتهم المواد الآتية:

أولاً - إذا ابرأ المحال له المحال عليه ابراء صحيحاً. ولا يكون هذا الابراء مردوداً برد المحال عليه كابراء الكفيل المذكور في المادة (٦٦٠). فيفهم من عدم رد الابراء المذكور بالرد أن الثابت في ذمة المحال عليه بعد الحوالة هي المطالبة فقط. والدين ليس بثابت. وأما إسقاط المطالبة فانه إسقاط محض يعني غير متضمن التمليك ورد الاسقاط المحض غير ممكن. فلو انتقل الدين أيضاً إلى المحال عليه وكان متضمناً التمليك لوجب أن يكون مردوداً بالرد. كما هي الحال في المادة (١٥٦٨) وكما لو ابرأ المحال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك (الفتح).

ثانياً - إذا أوفى المحيل الدين أي المحال به بعد الحوالة الى المحال له فالمحال له مجبور على القبول مع انه لو انتقل الدين بالحوالة إلى المحال عليه ولو كان المحيل في هذه التأدية متبرعاً لما كان مجبوراً على القبول. لأنه إذا أوفى شخص ثالث تبرعاً الدين الذي لرجل على آخر لا يجبر ذلك الرجل على القبول. فان شاء قبل وان شاء لم يقبل. لأن المتبرع ليس له أن يكون خصماً للدائن (قطلوبغا).

تفصيل - إذا احيل دين ثم قبل أن يفيه المحال عليه للمحال له أداه المحيل للمحال له

يكون المحال له مجبوراً على القبول.

ولا يكون المحيل متبرعاً في هذه التأدية. لأن براءة المحيل موقتة كما سيجيء في شرح المادة (٦٩٠) وحيث أن صور رجوع المحال له على المحيل يثبت بعض الأحيان فالمحيل يكون بهذه التأدية أو في الدين كاملاً وأبداً ويكون المحيل قد استفاد بالتأدية المذكورة. حتى إنه إذا كان لشخص عن آخر دين الف قرش معجلاً وحول دائنه على الآخر المذكور مؤجلاً لمدة سنة حوالة مقيدة وبعد ذلك أعطى هو الدين للدائن يأخذ مطلوبه من مدينه معجلاً. كما لو أخذ المحال له من المحيل مطلوبه تغلباً بسبب أن المحال عليه مفلس فيستوفى المحيل مطلوبه من المحال عليه بالحوالة المقيدة. ويعود حق المطالبة الذي ذكر انقطاعه في المادة (٦٩٢).(البزازية والهندية ورد المحتار)

ثالثاً ـ إذا وكل المحال له المحيل بقبض المحال به من المحال عليه لا يصح ذلك لأنه لو انتقل الدين الى المحال عليه لصار المحيل أجنبياً ولو كان توكيل الأجنبي لقبض الدين صحيحاً لكان من اللازم أن تصح وكالة بقبض الدين.

رابعاً - إذا ابرأ المحال له المحال عليه فليس للمحال عليه أن يرجع بالمحال به على المحيل ولو كانت الحوالة بأمر المحيل وأما إذا وهب المحال له المحال به للمحال عليه فيرجع المحال عليه على المحيل في الحوالة بالأمر. وإذا كان للمحيل دين على المحال عليه يقع التقاص بينهما. فلو كان الدين انتقل إلى المحال عليه لوجب أن يتساوى حكم الإبراء والهبة وأن لا يكون للمحال عليه حق الرجوع على المحيل في كلتا الصورتين أيضاً.

وتظهر فائدة وثمرة الخلاف المحكي آنفاً في موضعين:

- إذا ابرأ المحال له المحيل من الدين بعد الحوالة فلا يصح ذلك على القول الأول. لأن المحيل من اصله صار بريء الذمة من الدين بالحوالة. ويصح على القول الثاني ويصير المحيل بريئاً من الدين. لأن الدين بالنظر لهذا القول باق في ذمة المحيل والمطالبة فقط تحولت أي انتقلت إلى المحال عليه وإذا حول الراهن المرتهن بدينه على شخص فله بالنظر للقول الأول استرداد المرهون من يد المرتهن كما أن للراهن ذلك إذا ابرأه المرتهن من الدين. وأما في القول الثاني فليس له استرداده. كما أنه ليس للراهن أن يسترد الرهن إذا اجل واخر المرتهن مطلوبه من الراهن (البحر ورد المحتار).

وأفتى بالقول الثاني في أوائل مباحث الرهن في كتاب الفتوى أيضاً المسمى بالبهجة وصمم في المنية انه أصح الروايتين والمرتهن ان احال غريماً له على الراهن لم يكن له منع الرهن ما لم يتحقق التوي (تعليقات ابن عابدين على البحر في الحوالة). راجع شرح المادة (٦٩٠).

توفيق الاختلاف: أنكر بعض الفقهاء الاختلاف الحاصل في انتقال المطالبة فقط بالحوالة وعدم انتقال الدين أو انتقال الاثنين معاً وقالوا المنقول هو المطالبة فقط وليس الدين وهذا غير مروي نصاً عن الإمام محمد إنما ذكر المشار إليه الأحكام المتشابهة وكما انه أوجب أن الحوالة في

البعض من هذه الأحكام هي تأجيل وان ما نقل هو المطالبة فقط وليس الدين أوجب في بعض أحكام آخر أن المنقول هو الدية والمطالبة كلاهما. وسبب ذكر الأحكام المتشابهة بهذه الصورة هو:

في الحوالة اعتباران:

الاعتبار الأول - كون الحوالة عبارة عن نقل الدين بحسب الصورة وبحسب حقيقة اللفظ. فبهذا الاعتبار تكون الحوالة ابراء ويكون المحال به الدين والمطالبة معاً لأن حقيقة لفظ الحوالة توجب المطالبة ونقل الدين. لأن الحوالة تفيد النقل وجعلت مضافة للدائن أيضاً. إذ معنى الحوالة لغة النقل يقال أحال الغريم بدينه على آخر: صرفه عنه إليه: فهو (محيل) والغريم (محال) والغريم الآخر (محال عليه) والمال (محال به) والأسهم (الحوالة) «الفتح» بناء عليه قد اعتبرت الحوالة نقلاً في بعض الأحكام كما جاء في المسائل التي ذكرت في الأدلة التي سردها المشايخ القائلون بالقول الأول وبهذا الاعتبار ليس للمحال له أن يطالب المحيل بالمحال به أبداً.

الاعتبار الثاني - كون الحوالة تأجيلاً بحسب المعنى. إذا هلك المحال به عند المحال عليه فثبوت حق مراجعة المحال له للمحيل مبني على هذا الاعتبار. وبناء على هذا قد اعتبر تأجيلاً في بعض الأحكام. كما جاء في المسائل التي اتخذها المشايخ القائلون بالقول الثاني دليلاً على صحة أقوالهم.

نظراً لعدم جواز الحوالة في العين كما سيأتي في شرح المادة ٦٨٧ خصصت للدين. لأن الحوالة كما انها تفيد معنى النقل أي كما انها نقل شرعي فالدين أيضاً بصفته وصفاً شرعياً جوز تأثير النقل الشرعي فيها ثبت شرعاً. وأما العين فحيث انها محسوسة فلا تنتقل بالنقل الشرعي بل انها محتاجة للنقل الحسي. حتى انه لو قال رجل الف مرة نقلت هذا الكتاب من هذا الموضع إلى موضع آخر فلا ينتقل الكتاب من محله بهذا القول بل يلزم لذلك نقل حسي (الدرر وعبد الحليم).

الأحكام المستفادة من هذا: التعريف.

الحكم الأول - يجب في الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له.

فلذلك إذا احال رجل شخصاً لم يكن له دين عليه على شخص آخر مدين له بألف قرش فهذه المعاملة ليست في الحقيقة حوالة بل وكالةً بقبض الدين. يعنى ان ذلك الرجل وكل الشخص المذكور بقبض مطلوبه من الشخص الآخر (التنوير رد المحتار).

وبناء على ذلك أيضاً احالة الوكيل بالبيع موكله على المشتري لأجل قبض الثمن هي بحكم الوكالة بقبض الدين. لأنه بينما كان قبض الثمن حق الوكيل بناء على المادة (١٤٦١) ثبت هذا الحق بالحوالة المذكورة للموكل. راجع المادة (٣) فيها انه نظراً لعدم وجود دين للوكيل بالبيع على موكله وبتعبير آخر بناء على أن المحيل الوكيل غير مدين لموكله المحال له فلا تكون هذه المعاملة وكالة (الأنقروي في الحوالة).

وعليه أيضاً إذا أجريت الحوالة بينهما لم يكن للمحال له عند المحيل ولا للمحيل عند المحال عليه مطلوب ما فلا تكون هذه الحوالة حوالة حقيقة ولا تكون وكالة أيضاً. وحيث أنه لا حكم لها فلا يترتب على المحال عليه شيء منها. (الهندية في مسائل شتى من الحوالة). راجع المادة (٦٢).

الحكم الثاني - ويفهم من التعريف المذكور أيضاً، انه بناء على ان الحوالة هي نقل الدين يعني بناء على انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه يصير المحيل بسبب عقد الحوالة بريئاً من دينه كما صرح في المادة (٦٩٠). وبناء عليه إذا ابرأُ المحال بعد اجراء الحوالة المحيل من دينه لا حكم لهذا الابراء. لأنه لم يبق للمحال له مطلوب عند المحيل حتى يكون ابراؤه صحيحاً. على ما سيوضح في شرح المادة (٦٩٠) البحر ورد المحتار في التعريف.

الفرق بين الحوالة والكفالة - ظهر من الإيضاحات السابقة الفرق بين الكفالة والحوالة. لأنه كما استنبط من هذا التعريف أن الدين في الحوالة ينتقل إلى المحال عليه بصورة توجب براءة الأصيل أي المحيل من الدين ففي الكفالة يبقى في ذمة الأصيل ويظهر من هذا الفرق بين المسألتين.

وخالف الإمام زفر رحمه الله في مسألة نقل الدين هذه ذاهباً إلى أن الحوالة مشابهة للكفالة وإلى أن الدين يبقى في ذمة المدين في الحوالة كما أنه يبقى في ذمة المدين في الكفالة (الهداية) ولكن المجلة قبلت قول ائمتنا الثلاثة في هذه المادة وفي المادة (٦٩٠).

﴿المادة ٦٧٤﴾ المحيل هو الشخص الذي احال أي المدين.

لفظ مدين تفسير لعبارة (الشخص) ولدى تفصيل هذا التفسير يحصل التعريف بهذه الصورة (المحيل هو المدين الذي احال).

ويدل هذا التعريف أيضاً على لزوم كون المحيل مديناً للمحال له في عقد الحوالة. ويطلق على المحيل محتال أيضاً وحيث أن هذا التعبير غير مستعمل لم تذكره المجلة.

﴿المادة ٦٧٥﴾ المحال هو من الشخص الدائن.

المحال له هو من أخذ الحوالة يعني الذي له دين على المحيل.

تدل هذه المادة أيضاً على الخصوص الذي ذكر شرحاً أن المادة السابقة دلت عليه.

تعريف المجلة هذا ليس متناسباً مع التعريف السابق. فلو عرف بهذه الصورة (الشخص الذي أخذ الحوالة أي الدائن) لكان مناسباً. ويطلق أيضاً على الذي أخذ الحوالة محال ومحتال له. وحيث أن المجلة لم تستعمل هذين التعبيرين لم تعرفهما.

﴿المادة ٦٧٦﴾ المحال عليه هو الذي قبل الحوالة على نفسه.

ويقال له محتال عليه أيضاً. ولم يستعمل هذا اللفظ أيضاً في المجلة. وبناء عليه لم يعرف اللفظ المذكور هنا. ويقوم هذا المحال عليه بسبب الحوالة مقام المدين للمحال له وفي المديونية مقام المحيل وليس بشرط أن يكون المحال مديناً للمحيل. ويذكر ذلك في المادة (٦٨٦).

﴿المادة ٦٧٧﴾ المحال به هو المال المحال

هذا المال هو كما ذكر في المادة (٦٨٨) عبارة عن الدين الصحيح الثابت للمحال بذمة المحيل. والدين الذي ذكر في تعريف الحوالة هو هذا المال. ويقال للمال المحال محتال به أيضاً ولم يستعمل هذا التعبير في المجلة.

﴿المادة ٦٧٨﴾ الحوالة المقيدة هي الحوالة التي قيدت بأن تعطي من المال الذي للمحيل بذمة المحال عليه أو بيده.

أي التي قيدت بأن يعطيها المحال عليه من المال المضمون أو غير المضمون الذي للمحيل بذمته أو بيده أي بذمة المحال عليه أو بيده.

وحكم الحوالة المذكورة يأتي بيانها في المادة (٦٩٢).

تقسيمات الحوالة: تقسم الحوالة على ثلاثة وجوه.

الوجه الأول - يفهم من هذه المادة والمادة الآتية أن الحوالة قسمان: الأول الحوالة المطلقة والآخر المقيدة (الهندية في الباب الثاني).

ونظراً لما يستفاد من ضمن هذه المادة وشرحها أن الحوالة المقيدة على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الحوالة التي تقيد بأن تعطي من المطلوب الذي للمحيل بذمة المحال عليه. ويقال لها الحوالة المقيدة بالدين. كاحالة رجل شخصاً له عليه دين الف قرش على شخص آخر مدين له بألف قرش وتقييده الحوالة بأن تدفع من مطلوبه المذكور.

مثلاً لو كان لزيد بذمة عمرو عشر ذهبات وكان لبكر أيضاً بذمة زيد عشر ذهبات وقال زيد لبكر اني أحلتك بالعشر ذهبات على عمر وعلى أن تأخذها من المطلوب الذي لي عنده وقبل بكر وزيد بهذه الحوالة تكون حوالة مقيدة بالدين.

النوع الثاني: الحوالة التي تقيد بأن تعطي من العين التي هي وديعة للمحيل بيد المحال عليه كالدراهم والدنانير والحيوان. ويقال لها الحوالة المقيدة بالعين المودعة.

النوع الثالث: الحوالة التي تقيد بأن تعطي من المال المضمون الذي للمحيل بيد المحال عليه

كالمغصوب ويقال لها الحوالة المقيدة بالعين المضمون.

أنواع الحوالة المقيدة الثلاثة المذكورة جائزة وموجودة في نفس الأمر (الهندية في المحل المزبور ورد المحتار) وأحكام هذه الأنواع يأتي الكلام عليها في المواد (٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥).

الوجه الثاني - تنقسم الحوالة إلى مبهمة وغير مبهمة كما سيذكر في شرح المادة (٦٨٩).

الوجه الثالث - تنقسم الحوالة باعتبار صفتها كما سيذكر في شرح عنوان الفصل الأول إلى حوالة لازمة وحوالة جائزة وحوالة فاسدة.

﴿المادة ٦٧٩﴾ الحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بأن تعطي من المال الذي للمحيل بيد المحال عليه.

أي من المال الذي بذمة المحال عليه أو من المال المضمون أو غير المضمون الذي بيده كالوديعة والمغصوب ويأتي الكلام على هذه الحوالة في المادة (٦٩١) سواء في ذلك أكان للمحيل بذمة المحال عليه مطلوب أو في يده مال كالوديعة والمغصوب أو لم يكن له شيء.

وبتعبير آخر الحوالة التي تجري دون أن يكون للمحيل مال بيد المحال عليه تكون حوالة مطلقة والحوالة التي تجري حالة كون مال للمحيل بيد المحال عليه ولم تقيد بقيد إعطائها من ذلك المال تكون حوالة مطلقة أيضاً.

مثلاً إذا أحال رجل دائنه على شخص ليس له مطلوب عنده فكما أن هذه الحوالة تكون حوالة مطلقة وإذا احال دينه على مدينه دون أن يقيدها بأن تدفع من مطلوبه تكون هذه الحوالة مطلقة أيضاً. وسيأتي تفصيل ذلك في المادة (٦٩١) وشرحها (الهندية ورد المحتار).

الفروق الموجودة بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة: يوجد بين الحوالتين فرق على وجهين

الوجه الأول، الفرق من حيث الماهية وقد مر بيانه بهذه المادة.

الوجه الثاني، الفرق من حيث الحكم وهذا يجيء بيانه في المواد (٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥. وكما أن الكفالة المطلقة تقدمت على الكفالة المقيدة في المواد (٦٢٥، ٦٥٢، ٦٥٣) من المجلة تقدمت المادة (٢٨٥) على المادة (٢٨٧) وتقدمت المادة (٣٣٦) أيضاً على المواد (٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣) فكان ذكر المادة (٦٧٩) هذه قبل المادة (٦٧٨) أنسب إلى السياق.

الباب الأول

في بيان عقد الحوالة وينقسم إلى فصلين
يدرج هنا خلاصة المسائل المهمة التي ذكرت في الباب الدول وهذه

خلاصة الباب الأول

تعريف الحوالة: الحوالة هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى وفي هذا الخصوص قولان:

(القول الأول) نقل الدين والمطالبة معاً في الحوالة لأن (الإمام أبا يوسف) يقول:

(١) إذا وهب المحال له بعد الحوالة الدين للمحيل أو أبرأه منه لا يصح. فلو كان الدين باقياً في ذمة المحيل لصح ذلك.

(٢) إذا ابرأ المحال له المحال عليه من الدين أو وهبه إياه صح ذلك.

(القول الثاني) تنقل المطالبة فقط في الحوالة لأن (الإمام محمدا) يقول:

(١) إذا ابرأ المحال له المحال عليه فابراؤه صحيح ويكون غير مردود بالرد والإبراء الذي لا يرد بالرد هو الإبراء الذي لا يتضمن التمليك.

(٢) إذا أوفى المحيل الدين للمحال له بعد الحوالة فالمحال له مجبور على القبول فينتج من ذلك أن الدين باق في ذمة المحيل كما كان

الجواب، براءة المحيل مؤقتة.

(٣) إذا وكل المحال له المحيل بقبض المحال به من المحال عليه لا يصح.

(٤) إذا ابرأ المحال له المحال عليه ليس للمحال عليه أن يرجع على المحيل بالمحال به. ولكن إذا وهبه يرجع. فلو انتقل الدين لتساوى الدين والهبة.

ثمرة الخلاف.

(١) إذا ابرأ المحال له بعد الحوالة المحيل لا يصح في القول الأول لأنه بريء أساساً ويصح في القول الثاني.

(٢) إذا احال الراهن المرتهن على أحد فعند الإمام (أبي يوسف) يسترد الرهن وليس له استرداده عند الإمام محمد.

التأليف:

الحوالة في بعض المسائل نقل الدين ونقل المطالبة معاً وفي بعض مسائل أخر الحوالة هي تأجيل، وما ينقل هو المطالبة فقط.

التقسيمات

وجه ٣

١ وجه	١ الحوالة المقيدة	١ الحوالة المقيدة بالدين أي المقيدة بأن تعطى من مطلوب المحيل الذي عند المحال عليه.
		٢المقيدة بأن تعطى من العين الأمانة الموجودة للمحيل بيد المحال عليه (الحوالة المقيدة بالعين الأمانة).
		٣ - المقيدة بأن تعطى من المال المضمون الذي للمحيل بيد المحال عليه (الحوالة المقيدة بالعين المضمونة).
٢ وجه	٢ الحوالة المطلقة	الحوالة التي لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذي عند المحال عليه وهذا أيضاً جائز.
٣ وجه	١ الحوالة المبهمة	الحوالة التي لم يبين فيها تعجيل وتأجيل المحال به نظيرها في الكفالة (الكفالة المطلقة).
	٢ الحوالة غير المبهمة	الحوالة التي بين فيها تعجيل أو تأجيل المحال به. نظيرها في الكفالة (الكفالة المقيدة).
	١ الحوالة اللازمة	أن يحيل الداين مدينه على شخص وأن يقبل ذلك الشخص.
	٢ الحوالة الجائزة	الحوالة المقيدة بأن تعطى من ثمن بيت المحيل أو فرسه أي أن المحال عليه أحيل فيها بشيء لا يقتدر على إيفائه، لأن التصرف بملك الغير بلا اذن باطل.

عقد الحوالة

١

اركان الحوالة

ركن الحوالة عبارة عن الإيجاب والقبول ويوجد أربعة احتمالات بالنسبة للمحيل والمحال له والمحال عليه:

الاحتمال الأول: عقد الحوالة بالايجاب والقبول الواقع بين المحيل والمحال له والمحال عليه.
رضا المحال له وقبوله شرط. لأن الدين حقه. والناس متفاوتون في ايفاء الدين
رضا المحال عليه شرط أيضاً ولو كان مديناً للمحيل. لأنه لا لزوم للدين بلا التزام. والناس متفاوتون في طلب الدين.

الاحتمال الثاني: يجوز عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه ولكن هل يشترط رضا المحيل به (قولان).

القول الأول: شرط
- الصورة الأولى: هذا الشرط مطلق لأن ذوي المروءات لا يرضون أن تتحمل ديونهم من طرف غيرهم.
- الصورة الثانية: هذا الشرط لاجل إمكان رجوع المحال عليه على المحيل وليس لأجل صحة الحوالة.
- الصورة الثالثة: هذا الشرط جار فقط في الحوالة المقيدة بأن تعطى من المطلوب. لأن حق مطالبة المحيل بحقه من المحال عليه تنقطع بسبب هذه الحوالة. ولذلك كان رضا المحيل شرطاً. وتشكل الصورة الثالثة هذه استثناء للمادة القانونية.

القول الثاني ليس بشرط: لأن الزام المحال عليه بالدين تصرف بحق نفسه. ولا يلحق المحيل ضرر منه بل ربما يكون له فائدة إذا وقع بدون أمر إذ ليس للمحال عليه أن يرجع على المحيل بعد الأداء.

التوفيق: الاختلاف المذكور ليس اساسياً لأن الحوالة: ان كانت احالة فرضا المحيل شرط بالاتفاق وان كانت احتيالاً فرضا المحيل ليس بشرط

الاحتمال الثالث: الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال له للمحال عليه إذا قبل المحال عليه تكون صحيحة وتامة وان لم يقبل تكون باطلة. مستثناة (أنظر المادة ٦٨٢).

الاحتمال الرابع: الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له فإذن اتحاد المجلس ليس شرطاً في انعقاد الحوالة بل انه شرط في نفاذها.

٢

شرائط الحوالة (تطلب في أربعة أشياء)

١ في المحيل
- ١ في انعقاد الحوالة
  - يشترط أن يكون المحيل عاقلاً.
  - اعتراض – ان لم يكن رضا المحيل شرطاً. فلماذا يشترط كونه عاقلاً
  - الجواب
    - الشرط المذكور في الحوالة التي تقع من طرف ايجاب المحيل لأنه اذا لم يكن الموجب عاقلاً يكون قد قبل إيجاباً باطلاً وحينئذٍ لا يمكن وجود العقد.
- في نفاذ الحوالة
  - يشترط أن يكون المحيل بالغاً
  - اعتراض ـ الحوالة نفع محض للمحيل. لا أهمية لشرط البلوغ.
  - الجواب
    - هذا القيد معطوف على نقطة وجوب الرجوع فان لم يكن المحيل بالغاً فليس للمحال عليه الرجوع بعد الاداء

٢ في المحال عليه – يشترط في انعقاد الحوالة كون المحال عليه
- عاقلاً وبالغاً
- ولا يشترط أن يكون مديناً للمحيل

٣ في المحال له
- يشترط في انعقاد الحوالة كون المحال له عاقلاً.
- ولا يشترط أن يكون المحال له بالغاً في نفاذها لأن الحوالة بالنسبة للمحال له متراوحة بين النفع والضرر.

٤ في المحال به
- يشترط في انعقاد الحوالة أن يكون الدين صحيحاً ومعلوماً، قاعدة: الديون التي لا تصح الكفالة لها لا تجوز حوالتها.

الفصل الأول

في بيان ركن الحوالة

ركن الحوالة عبارة عن الإيجاب والقبول وان تجري بين المحيل والمحال عليه والمحال له باتفاق يعني باتفاق هؤلاء الأشخاص الثلاثة. وموضوع البحث في المادة ٦٨٠ هو هذا الاحتمال.

الاحتمال الثاني- إجراء عقد الحوالة بين المحيل والمحال له فقط وموضوع البحث في المادة ٦٨٢ هو هذا الإحتمال.

الاحتمال الثالث- إجراء عقد الحوالة بين المحيل والمحال عليه فقط والمسطور في المادة ٦٨٣ هو هذا الإحتمال.

الإحتمال الرابع- إجراء عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه فقط. الاحتمال المذكور في المادة ٦٨١ هو هذا الاحتمال.

إحتمالات عقد الحوالة الأربعة هذه موجودة في نفس الأمر وصحيحة. وكل مادة من المواد الأربع التي يحتويها هذا الفصل تبحث عن واحد من الاحتمالات المذكورة أعلاه.

وتنعقد الحوالة بهذه الاحتمالات الأربعة. وإلا فلا تنعقد الحوالة بقول الداين لمدينه مثلاً (اعطه العشر ذهبات التي بذمتك لي لزيد). بل يكون وكل الدائن زيداً بقبض مطلوبه (الأنقروي)

سؤال- بينما كانت الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل كما هو مذكور في المادة(٦٢١) فلماذا لا تنعقد هنا بإيجاب المحال عليه فقط الذي هو نظير الكفيل؟

الجواب- لو انعقدت الحوالة بإيجاب المحال عليه فقط على الوجه المحرر لأوجب ذلك ضرر المحال له. راجع شرح المادة الآتية:

تقسيم الحوالة باعتبار صفتها- وللحوالة صفة أيضاً. فالحوالة بهذا الاعتبار على ثلاثة أقسام:

القسم الأول- الحوالة اللازمة: الحوالة اللازمة هي أن يحيل الدائن مدينه على شخص ويقبل ذلك الشخص سواء أكانت الحوالة مطلقة أم مقيدة والحوالة على هذا الوجه جائزة وأكثر مواد المجلة يتعلق بهذا القسم.

القسم الثاني الحوالة الجائزة وهي الحوالة المقيدة بأن تعطى من ثمن دار المحال عليه أو

فرسه ففي هذه الصورة لا يجبر المحال عليه على بيع تلك العين يعني على بيع داره مثلاً وأداء المحال به من ثمنها فالحوالة التي تنعقد على هذا الوجه بمنزلة قبول المحال عليه الحوالة على أن يؤدي المحال به وقت الحصاد فلا يجبر على اداء المال قبل الأجل ويبحث في شرح المادة ٦٩٦ عن هذه الحوالة.

القسم الثالث- الحوالة الفاسدة. الحوالة الفاسدة هي المقيدة بأن تعطى من ثمن دار المحيل أو فرسه.

وسبب فساد هذه الحوالة هو كونها أحيلت بشيء لا يقتدر المحال عليه على إيفائه. لأن المحال عليه بهذه الحوالة لا يكون وكل ببيع الدار أو الفرس وبناء على ذلك لا إقتدار للمحال عليه أن يبيع مال المحيل (البحر). (أنظر المادة ٩٦).

﴿المادة ٦٨٠﴾ إذا قال المحيل لدائنه أحلتك على فلان وقبل المحال له والمحال عليه تنعقد الحوالة.

يجوز أن تنعقد الحوالة بين المحيل والمحال له والمحال عليه.

مثلاً إذا قال المحيل لدائنه إني أحلتك بديني البالغ كذا قرشاً على فلان وقبل المحال له والمحال عليه الحوالة بايرادهما الفاظاً تدل على الرضا كرضيت أو قبلت الحوالة تنعقد الحوالة وتكون نافذة .

رضا المحال له وقبوله شرط بالإجماع. لأن الدين حقه. والناس نظراً لكونهم متفاوتين في إيفاء الدين فالذمم أيضاً متفاوتة. فانتقال مطلوب المحال له إلى ذمة من لا أرض له به ضرر عليه.

ورضا وقبول المحال عليه أيضاً شرط. سواء أكان المحال عليه مديناً للمحيل أم لم يكن. لأن الناس متفاوتون بطلب الدين. فبعضهم يمهل ويتسامح وبعضهم بالعكس يتعجل ويتشدد. وحيث أن الدين سيلزم المحال عليه فالتزامه لأجل اللزوم المذكور شرط.

ولكن إذا كان للمحيل دين بذمة المحال عليه وأجريت الحوالة على أن تدفع من الدين المذكور فقد اجتهد الإمام الشافعي والإمام محمد والإمام مالك رحمهم الله تعالى بعدم لزوم قبول المحال عيه ورضاه وبإمكان عقد الحوالة بين المحيل والمحال له. لأن الحق للمحيل. فكما أنه مقتدر على استيفائه بذاته فهو مقتدر ايضاً على استيفائه بواسطة غيره. ولنا أن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبضه الدين لأنه ليس تصرفاً عليه بنقل الواجب إليه إبتداء بل هو تصرف باداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه (سعدي جلبي).

الحوالة بالإكراه ـ يكون المحيل داخلاً في الحوالة المنعقدة على الوجه المذكور في هذه المادة وإن كان رضاه حصل بهذا الدخول وسيذكر في المادة الآتية عدم اشتراط رضا المحيل بحد ذاته.

وإنما لما كان رضا وقبول المحال له والمحال عليه لازمين في انعقاد الحوالة كما ذكر آنفاً يستفاد أن الحوالة بإكراه أحدهما أو كليهما معاً لا تكون صحيحة. راجع المادة (١٠٠٦).

وحيث أن المسألة ذكرت على وجه العموم في المادة الآتية كما هو المعتاد ثم أوضحت بالأمثلة فلو كتب عنوان هذه المادة على (الوجه المشروح) حتى لجاء ذلك أنسب للسياق وموافقاً للمعتاد وأوضح لإفادة المرام.

﴿المادة ٦٨١﴾ يجوز عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه فقط. مثلاً لو قال شخص لآخر خذ عليك حوالة ديني البالغ كذا قرشاً عند فلان وقال ذلك الشخص قبلت أو قال له أقبل الدين الذي لك عند فلان بكذا قرشاً حوالة علي وقبل الشخص المذكور تكون الحوالة صحيحة حتى لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تجديه ندامته نفعاً.

وهذه الحوالة تكون نافذة. ولا تتوقف على قبول المحيل الحوالة في مجلس العقد أو على انضمام إذنه ورضاه بعده إذا لم يكن حاضراً في المجلس المذكور.

وانه وإن يكن في الواقع ذكر في بعض الكتب الفقهية ان رضا المحيل شرط أيضاً بدليل أن أرباب الحيثية والمروءة لا يرضون بأن يتحمل الغير ديونهم إلا أنه يستفاد من هذه المادة أن المجلة لم تقبل هذه النظرية.

مثلاً لو قال رجل لآخر خذ عليك حوالة ديني الذي عند فلان البالغ كذا قرشاً وقبل، وبتعبير آخر إذا وقع الإيجاب من جانب المحال له والقبول من المحال عليه أو إذا قال شخص، لآخر قبل الدين الذي لك على فلان البالغ كذا قرشاً حوالة عليّ وقبل الآخر يعني إذا وقع الإيجاب من المحال عليه والقبول من المحال له فالحوالة صحيحة ونافذة واذا ندم المحال عليه بعد ذلك فندامته لا تفيده ولا تخل في صحة الحوالة .

ويستفاد من هذه المادة أن الحوالة تنعقد بصيغة الأمر من جهة وبصيغة الماضي من جهة أخرى وتفترق الحوالة في هذه المسألة عن البيع والإجارة.

ويفهم من هذه المادة أن رضا المحيل وأمره ليسا بشرط في انعقاد الحوالة. لأنه لا يلحق خلل ما حق المحيل في حوالة كهذه. بل انه بالعكس يستفيد منها. لأنه متى أدى المحال عليه المحال به للمحال له في الحوالة التي أجريت بدون أمر ورضا المحيل فكما أنه ليس له الرجوع على المحيل إذا كان للمحيل مطلوب بذمة المحال عليه فليس له أن يجري خصم حسابه منه (رد المحتار).

بناء على ما سيجيء بيانه في شرح المادة ٦٩٨. ونظير هذه «الكفالة» لأن الكفالة بدون رضا المكفول عنه صحيحة. واشتراط رضا المحيل هو قول الائمة الثلاثة قالوا لأن للمحيل إيفاء ما عليه

من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهراً (الفتح) وقد ذهب الائمة المشار إليهم إلى أن رضا المحيل شرط لأن للمحيل أن يفي دينه بالصورة التي يشاؤها يعني إن شاء أداه بذاته وإن شاء بواسطة المحال عليه. وإن في هذا التقدير وبلزوم هذه الحوالة بدون رضا المحيل تكون الصلاحية الثابتة له قد ضاقت (الفتح والباجوري).

استثناء: لكن إذا كان للمحيل مطلوب بذمة المحال عليه وعقدت الحوالة بين المحال له والمحال عليه مقيدة على أن تعطى من المطلوب المذكور. فرضا المحيل في هذه أيضاً شرط لأن المحيل في الحوالة التي عقدت بهذا الوجه حيث أنه سيسقط حقه في ذلك المطلوب فرضاه لازم (مجمع الأنهر).

فلنذكر بعض المسائل المتفرعة على هذه المادة:

إذا قال رجل لشخص ان فلاناً أحالني عليك بألف قرش فاعطني إياها وإذا أنكر أنه أحال خذ المبلغ مني وأقر ذلك الشخص للرجل المرقوم بألف قرش ثم اعطاه إياها على وجه الحوالة فإن صادق فلان المار الذكر على الحوالة فليس للشخص المذكور أن يستردها من الرجل المرقوم.

كذلك لو توفي فلان المذكور أو فقد ولم يعد ممكناً معرفة ما إذا كان يصادق على الحوالة أم لا فليس للشخص المار الذكر استرداد المبلغ من ذلك الرجل ولكن إذا أنكر فلان الحوالة فحيث أنه لا يكون لإقرار الشخص المرقوم وتصديقه بحقه حكم ما يسترد الشخص المرقوم من الرجل الآنف الذكر ما كان أعطاه إياه (التنقيح قبيل كتاب القضاء).

تفصيل الاختلاف: اختلف في شرط رضا المحيل لصحة الحوالة على قولين:

القول الأول- رواية الإمام القدوري. ونظراً لهذه الرواية فرضا المحيل شرط لصحة الحوالة:

واختلف في معنى هذا الشرط أيضاً. فعند بعض العلماء هذا الشرط على الإطلاق. لأن ذوي المروءة وأصحاب الناموس من الناس يأنفون أن يتحمل دينهم من جانب الغير فرض المحيل شرط. وعند بعض آخر من العلماء الشرط المذكور لأجل إمكان رجوع المحال عليه المحيل. وليس لأجل صحة الحوالة. يعني أنه إذا اجريت الحوالة بأمر المحيل. وبرضاه يرجع عليه المحال عليه بعد الأداء وإلا فليس للمحال عليه الرجوع عليه. «وإن كانت الحوالة صحيحة» راجع شرح المادتين (٦٩١ و٦٩٨).

وبعض علماء اخر قالوا هذا الشرط يكون في الحوالة الواقعة بشرط أن تؤدي من المطلوب الذي للمحيل بذمة المحال عليه:

وحيث أن مطالبة المحيل بمطلوبه الذي بذمة المحال عليه ستنقطع على ما جاء في المادة(٦٩٢) فرضاه شرط في الحوالة التي هي على هذا الشكل فقط.

القول الثاني، رواية الزيادات فهذه الرواية هي (رضا المحيل ليس بشرط) لأن التزام المحال

عليه الدين تصرف في حق نفسه. ولا يحصل ضرر للمحيل من هذا التصرف بل بالعكس تأتيه بالفائدة. لأنه إذا لم تكن الحوالة بأمر المحيل فليس للمحال عليه أن يرجع عليه بعد الأداء.

التوفيق بين الروايتين- الظاهر أنه لا يوجد مخالفة بين هاتين الروايتين. لأن الحوالة تبتدىء تارة من المحيل وهذا احالة. وحيث أن هذا فعل اختياري فلا يتصور حصوله بدون الإرادة والرضا. فوجه القول الأول هو هذا وتارة تبتدىء الحوالة من المحال عليه. وهذا احتيال. وإن يكن رضا وإرادة المحال عليه شرطين في هذا فقط لكن نظراً لعدم لزوم إرادة رضا المحيل تتم الحوالة بدون إرادته ورضاه. ووجه القول الثاني هو هذا.

الخلاصة ان رضا وإرادة المحيل شرطان بالاتفاق لتكون حوالة وليست بشرط بالإجماع لتكون احتيالاً.

فبناء على ما تقدم ليس من المناسب القول بأن مشروطية رضا المحيل في القول الأول مطلقة سواء أكانت الحوالة إحالة أو احتيالاً فلا يليق القول أيضاً بأن عدم مشروطية رضا المحيل في القول الثاني مطلق سواء أكانت الحوالة إحالة أو احتيالاً. (العناية شرح الهداية ومجمع الأنهر).

﴿المادة ٦٨٢﴾ لدى إعلام الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال له فقط إلى المحال عليه إذا قبلها تكون صحيحة وتامة. مثلاً لو أحال شخص دائنه على رجل في ديار أخرى وبعد أن قبلها الدائن إذا أبلغت إلى المحال عليه فقبلها تصير الحوالة تامة.

الحوالة التي تجري بين المحيل والمحال له فقط تنعقد موقوفة على رضا وقبول المحال عليه. بناء على إعلام الحوالة المذكورة إلى المحال عليه فإن قبلها تكون صحيحة وتامة(التنقيح).وفي الصورة التي يرد أو لا يقبلها لا يكون لها حكم واذا توفي المحال عليه قبل استحصال قبوله ورضاه تكون الحوالة باطلة.

بناء عليه وحيث أن الحوالة لا تتم قبل قبول المحال عليه فللمحال له حق أن يطلب دينه من المحيل قبل القبول (الفتاوى الجديدة والنتيجة). لأن الحوالة لم تنعقد بعد حتى يجري حكم المادة (٦٩٠).

الحاصل أن رضا المحال عليه في الحوالة المنعقدة على الوجه المحرر في هذه المادة شرط. وحضوره في مجلس عقد الحوالة ليس بشرط.

وكان رضا المحال عليه شرطاً. لأن المال صار لازماً بسبب الحوالة على المحال عليه ولا لزوم بلا التزام. حتى ولو كان للمحيل دين على المحال عليه فرضاه لازم. لأن الناس متفاوتون في طلب

الدين فبعضهم يستعجل ويتشدد وبعضهم يمهل ويتسامح (مجمع الأنهر والدر المختار والبحر). وقد مر تفصيل ذلك في شرح المادتين (٦٨٠ و٦٨٢).

مثلاً إذا أحال شخص دائنه على رجل في ديار أخرى وبعد أن قبل الدائن الحوالة المذكورة إذا بلغت إلى المحال عليه ففي الوقت الذي يقبلها تصير الحوالة صحيحة تامةً ونافذةً. (الهندية والبزازية). حتى أنه في هذا التقدير إذا قابل الدائن المحال عليه وأفاد أن ذلك الشخص أحاله عليه بكذا قرشاً فإن صادق المحال عليه على ذلك وقبله تصح الحوالة. ولو كان المحيل غائباً أثناء هذا القبول والتصديق (البزازية في أوائل الحوالة).

ويفهم من هذه المادة أن رضا المحال عليه وقبوله الحوالة شرطان في انعقاد الحوالة. على ما ذكر شرحاً سواء أكان المحال عليه مديناً للمحيل أم لم يكن. راجع المادة (٦٤). المسألة كذلك لأن الدين يلزم المحال عليه بعقد الحوالة فلا يكون لزوم دين بدون التزامه.

ومذهب الحنفية هو على الوجه المشروح ومعمول به بالأمر السلطاني. مع أن الإمام الجرجاني من أصحاب الحنفية ذهب إلى أن رضا المحال عليه ليس بشرط في الحوالة التي يكون فيها المحال عليه مديناً للمحيل ومذهب الإمام مالك والإمام الشافعي في هذا. لأن المحال عليه الحق. وصاحب الحق الذي هو المحيل إن شاء استوفى دينه الذي عند المحال عليه بذاته وإن شاء بواسطة نائبه. وكما أن للنائب أن يكون وكيل المحيل بقبض الدين له أن يكون محالاً له أيضاً. (الشرنبلالي والباجوري).. راجع شرح المادة (٦٨٠).

إستثناء ولكن قال الرد المحتار نقلاً عن سائحاته أنه تصح الحوالة أيضاً بدون رضا وقبول المحال عليه في الحوالة التي تجري على الوجه الآتي:

إذا قدر للزوجة نفقة على زوجها من قبل الحاكم واستدانت لأجل نفقتها بأمر القاضي من شخص فلها أن تحيل ذلك الشخص على زوجها. ففي هذه المسألة رضا الزوج وقبوله الحوالة ليس لازماً.

﴿المادة ٦٨٣﴾ الحوالة التي تجري بين المحيل والمحال عليه فقط تنعقد موقوفة على قبول المحال له مثلاً لو قال شخص لرجل آخر خذ عليك ديني الذي لفلان حوالة وقبل ذلك الرجل تنعقد موقوفة فإذا قبلها المحال له تكون الحوالة نافذة.

إذا أجريت الحوالة بين المحيل والمحال عليه فقط وإن كان المحال له غائباً عن المجلس تنعقد تلك الحوالة موقوفة على رضا وقبول المحال له فإذا قبل تكون صحيحة ونافذة وإن لم يقبل تنفسخ. ولا يلزم قبول شخص الحوالة في المجلس المذكور من قبل المحال له. إذ أن قبول المحال له في نفاذ الحوالة لازم

على ما استنبط من هذه المادة. لأنه هو الدائن وحيث أن الذمم مختلفة باعتبار أن البعض من الناس يوقعون المشكلات في إيفاء الدين ويماطلون مع اقتدارهم على أداء الدين وإن البعض الآخر ليس له اقتدار البتة فالقول بصحة الحوالة بدون قبول المحال له يضر المحال له راجع شرح المادتين (١٩ و٦٨٠) النهاية.

مثلاً لو قال شخص لرجل آخر خذ عليك حوالة الدين الذي علي لفلان وقبل ذلك الرجل تنعقد الحوالة موقوفة على قبول فلان فإن قبل المحال له - فلان - تكون الحوالة نافذة وإن لم يقبل فتكون منفسخة.

ويفهم من هذه المادة أن اتحاد مجلس الحوالة يعني حضور المحال له أو نائبه في مجلس الحوالة وقبوله الحوالة ليس شرطاً لانعقاد الحوالة بل لنفاذها. وإن كان الإمام الأعظم والإمام محمد رحمهما الله تعالى اجتهدا بأن اتحاد المجلس شرط لانعقاد الحوالة وبناء عليه،أن الحوالة التي أجريت في غياب المحال له لا تنعقد ولو قبلها عند إعلامه، إذ أن الإمام أبا يوسف اجتهد بأن اتحاد المجلس ليس بشرط لانعقاد الحوالة بل لنفاذها. فأسست هذه المادة على مذهب الإمام المشار إليه وهي معمول بها اليوم بالأمر السلطاني (البحر وتعليقات ابن عابدين عليه ورد المحتار والأنقروي).

الفصل الثاني

(في بيان شروط الحوالة)

إن هذه الشروط كما يفهم من المواد الآتية أربعة أنواع: النوع الأول راجع للمحيل به النوع الثاني للمحال له، النوع الثالث للمحال عليه. والنوع الرابع للمحال به. ويفهم من هذه الشروط أن الحوالة على التركة غير جائزة. لأن الشخص المحال عليه غير موجود فيها (الباجوري).

﴿المادة ٦٨٤﴾ يشترط في انعقاد الحوالة أن يكون المحيل والمحال له عاقلين وأن يكون المحال عليه عاقلاً وبالغاً فكما أن إحالة الصبي غير المميز ديناً على أحد وأخذه مميزاً أو حوالة من أحد باطلان فقبوله حوالة من أحد على نفسه باطل أيضاً. سواء أكان الصبي مأذوناً أو محجوراً.

في انعقاد الحوالة كون المحيل والمحال له عاقلين فقط شرطٌ في انعقاد الحوالة، وأما المحال عليه فمشروط أن يكون عاقلاً وبالغاً أيضاً. فمشروطية عقل المحيل والمحال له والمحال عليه مبنية على المواد ٦٥٧ و ٦٦٦ و ٩٧٩ واشتراط بلوغ المحال عليه فقط مستند على الفقرة الثانية من المادة (٩٦٧).

بناء عليه إحالة المجنون والصبي غير المميز ديناً على أحد - بأن يكون محيلاً - وأخذه دينا حوالة على أحد - بأن يكون محالاً له - باطل كما أن أخذ الصبي سواء أكان مميزاً أو محجوراً أو مأذوناً وسواء أكان بأمر المحيل أو بغير أمره ،وأخذ المجنون حوالة من أحد على نفسه بأن يكون محالاً عليه - باطل كما أنه إذا قبل ولي الصبي أو وصيه حوالة على الصبي لا يصح ذلك «الهندية في الباب الأول» (أنظر المادة ٥٨).

ولكن صحة المحيل في انعقاد الحوالة ليست بشرط. بناء عليه للمريض أن يحيل ديناً على آخر. (الهندية في المحل المزبور).

بحث في شرط كون المحيل عاقلاً: فليكن معلوماً أنه كما فصل في المواد ٦٨٠ و ٦٨٢ و ٦٨٣ وإن كان رضا المحال له والمحال عليه شرطاً في الحوالة فالرواية في لزوم رضا المحيل وعدمهُ مختلفة:

ففي رواية - ويطلق على هذه الرواية «رواية القدوري» رضا المحيل أيضاً لازم. وفي رواية

أخرى ويقال لهذه الرواية - رواية الزيادات - عدا عن أنه لا يحصل ضرر في الحوالة المنعقدة بدون رضا المحيل فإذا لم تكن الحوالة بأمر المحيل بناء على أنه ليس للمحال عليه أن يرجع على المحيل وحيث أن للمحيل منفعة في هذه الحوالة فرضا المحيل من هذه الجهة غير لازم (رد المحتار).

وقد مر إيضاح هذين القولين وهاتين الروايتين في شرح المادة (٦٨١) والمادة (٦٨١) من المجلة أسست على (رواية الزيادات) هذه.

وكما وضح شرح المادة ٦٨١ المار ذكرها فيحصل من تفصيلات (صاحب العناية) توفيق حسن بين الروايتين السابقتي الذكر ويرتفع الخلاف.

ونظراً للتفصيلات السابقة شرط عليه كون المحيل عاقلاً وإن كان موافقاً للصورة التي تكون فيها الحوالة إحالة بناء على عدم لزوم حضور المحيل في المجلس الذي عقدت فيه الحوالة وعدم لزوم انضمام إذنه ورضاه بعد الحوالة مثلاً كما أنه لشخص في يافا أن يكفل دين رجل موجود في القدس حوالة عليه، ونظراً لعدم وجود فائدة من أن يكون ذلك الرجل عاقلاً أم لا حالة كونه في يافا ولا دخل ولا معلومات له في العقد، فمن اللازم أن لا يشترط كون المحيل عاقلاً في الحوالة المنعقدة على الوجه المحرر في المادة (٦٨١).

وفي هذه الصورة يرد سؤال وهو بما أن المجلة اختارت الرواية الثانية في المادة (٦٨١) وبذكرها شرط كون المحيل عاقلاً تكون قبلت الرواية الأولى.

وأما حسب ما جاء في المواد ٦٨٠، ٦٨٢، ٦٨٣ فيجب أن يكون المحيل عاقلاً في الحوالة التي كان داخلاً فيها والتي كان إيجابها وقبولها منه. لأن تصرفات غير العاقل القولية حتى التي هي نفع محض بحقه غير معتبرة ولا اعتبار لإيجابه وقبوله. فاشتراط المجلة كون المحيل عاقلاً هو في الحوالة التي عقدت على موجب المواد ٦٨٠، ٦٨٢، ٦٨٣. ولا يوجد هذا الشرط في الحوالة المنعقدة على الوجه المحرر في المادة ٦٨١. وهذا جواب على السؤال السابق. ويؤيد ذلك عبارة (بناء عليه. . . إحالته ديناً على أحد. .) الواردة في هذه المادة. وإذا قبل الجواب المذكور يكون قد أخرج شرط كون المحيل عاقلاً من الإطلاق مع أنه مذكور بصورة مطلقة. وجاء في المجلة لفظ (محيل) ومعناه بموجب المادة ٦٧٤ الذي يحيل فبناء على هذا لا شك في صحة هذا الجواب.

فلنفصل هذه المسألة قليلاً أيضاً: لدى عقد الحوالة على الوجه المحرر في المادة (٦٨٠) يعني إذا أحال شخص دائنه على شخص آخر وقبل المحال له والمحال عليه تنعقد الحوالة. ولكن كون المحيل عاقلاً شرط في هذه. وإذا كان المحيل مجنوناً أو صبياً غير مميز فهل يكون إيجابه باطلاً وهل تنعقد الحوالة من قبيل المادة ٦٨١ بإيجاب وقبول المحال له والمحال عليه فقط؟ الظاهر هو أن إيجاب المحيل باطل. وتنعقد الحوالة بإيجاب وقبول المحال له والمحال عليه وتكون هذه الحوالة احتيالاً.

إذا عقدت الحوالة على وجه المادة ٦٨٢ يعني إذا لم يكن المحيل عاقلاً في الحوالة التي تجري بين المحيل والمحال له يكون الإيجاب باطلاً. وبعد ذلك إذا أعلم المحال له المحال عليه بهذه

الحوالة وقبلها المحال عليه لا تصح الحوالة. لأن المحال عليه قبل حوالة لم تنعقد. وإذا جرت الحوالة بين المحيل والمحال عليه كما هو في المادة (٦٨٣) وكان المحيل غير عاقل تكون الحوالة باطلة حتى ولو قبلها المحال له لا تنعقد. لأنه قبل حوالة غير منعقدة. وهذا هو معنى شرط فكون المحيل عاقلاً. وأما في الحوالة التي تنعقد بين المحال له والمحال عليه فقط على الوجه المحرر في المادة (٦٨١) فكون المحيل عاقلاً ليس بشرط.

لأن المحيل أي المدين لم يدخل في هذا العقد ولم يلتزم أحد أركان عقد الحوالة فليس من فائدة تلحظ في اشتراط كونه عاقلاً.

ونظراً لأن السؤال والجواب الواردين على شرط كون المحيل عاقلاً غير مستندين على نقل صريح بل انهما فكر المؤلف الخاص فإذا وجب فصل دعوى تتعلق بهذا الخصوص نقول انه من اللازم رؤية المسألة الشرعية العائدة لها ونختم هذا البحث.

﴿المادة ٦٨٥﴾ يشترط في نفاذ الحوالة أن يكون المحيل والمحال له بالغين. بناء عليه حوالة الصبي المميز وقبوله الحوالة تنعقدموقوفة على إجازة وليه فإذا أجاز الولي كانت نافذة. وإذا قبل الصبي الحوالة يجب أن يكون المحال عليه املأ أي أغنى من المحيل وإن أذن الولي»

هذا الإشتراط لأجل نفاذ الحوالة وليس لأجل انعقادها (البحر).

بناء عليه حوالة الصبي المميز ديناً على غيره أو قبوله حوالة من غيره ففي هاتين الصورتين تنعقد الحوالة موقوفة على إجازة ولي الصبي المذكور. لأنه يوجد معنى المبادلة في هذه الحوالة (البحر) فإن أجاز الولي نفذت الحوالة. راجع الفقرة الثالثة من المادة (٩٦٧).

بحث ومناظرة- ذكر في هذه المادة **مسألتان**:

المسألة الأولى- كون المحيل بالغاً شرط في نفاذ الحوالة.

المسألة الثانية- كون المحال له بالغاً شرط في نفاذ الحوالة.

سبب المسألة الثانية هو هذا: الحوالة بالنسبة للمحال له من العقود المتراوحة بين النفع والضرر فإذا كان المحال عليه **أملأ** وأغنى يكون للمحال له نفع في الحوالة وإن كان المحال عليه فقيراً كان للمحال له ضرر منها. وعقود الصبي التي كهذه متراوحة بين النفع والضرر فتكون موقوفة على إجازة وليه. راجع المادة(٩٦٧).

وأما الشرط المدرج في المسألة الأولى فموجب للإعتراض. لأن الحوالة بالنظر إلى المحيل نفع محض لأنه إذا كان المحيل صبياً عاقلاً غير مأذون وأجرى حوالة يصير بريئاً من دينه حيث أن أمر

الصبي غير صحيح فليس للمحال عليه أن يرجع على الصبي المرقوم بعد الأداء. وقد مر في شرح المادة ٦٥٧ أن أمر الصبي في الكفالة غير موجب للرجوع.

ولا يأتي الجواب المعطى على البحث الوارد في المادة السابقة بخصوص شرط كون المحيل عاقلاً بفائدة في هذه المادة. لأن إرادة واختيار الصبي العاقل المميز موجودتان، وإحالته صحيحة ولا تكون هذه الإحالة احتيالاً.

على أنه صرح في بعض الكتب الفقهية أن إحالة الصبي العاقل المحجور صحيحة وأن للمحال له حق مطالبة المحال عليه بالمحال به. فنقل ما جاء فيها كما يلي:

إذا أقر الصبي المحجور بمال لأحد وفي الوقت نفسه أحاله على شخص آخر وقبل ذلك الشخص الحوالة فللشخص المقر له أن يطالب بذلك المال المحال عليه (تعليقات ابن عابدين على البحر في الحوالة).

الجواب- إن اشتراط بلوغ المحيل في نفاذ الحوالة كما ذكر في المسألة الأولى هو لإمكان رجوع المحال عليه على المحيل بعد الأداء. فإذا بلغ المحيل أثناء الحوالة تصح الحوالة ويرجع المحال عليه بعد الأداء على المحيل ولكن إذا كان المحيل غير بالغ وإن صحت الحوالة فليس للمحال عليه أن يرجع على المحيل بعد الأداء وصحة هذا الجواب تتوقف على وجود صراحة تنص على أن مجرد إحالة المحيل كافية لرجوع المحال عليه على المحيل. وفي الواقع ذكر في شرح المادة ٦٥٧ أنه إذا أوجب الكفيل الكفالة ورضي الأصيل قبل رضا وقبول المكفول له كان هذا الرضا موجباً للرجوع (راجع شرح المادتين ٦٩١و ٦٧٨).

فهذا السؤال والجواب أيضاً فِكر المؤلف الخاص وعليه لدى الإيجاب يلزم تحري المسألة الشرعية التي تمس الحاجة إليها.

وإنما اذا قبل الصبي المميز حوالة وصار محالاً له وأذن وليه فلصحة الحوالة والإجازة يشترط أن يكون المحال عليه أملأ وأغنى من المحيل (رد المحتار والأنقروي).

كما أنه في قبول الاب بالولاية والوصي بالوصاية مال اليتيم يعني دينه الذي لم يجب بعقد هذا الاب أو هذا الوصي بل وجب بعقد المتوفي وانتقل بوفاته إلى اليتيم حوالة يشترط أيضاً أن يكون المحال عليه أملأ وأغنى من المحيل. لأنه من اللازم أن تكون فائدة لأجل صحة تصرفهم. راجع المادة ٥٨ والفقرة الثانية من المادة (٩٦٧) ومنه ما لو احتال إلى أجل (الدر المختار) لكونه إبراء موقتاً فيعتبر بالإبراء المؤبد (رد المحتار).

إذا لم يكن المحال عليه في الحوالة التي قبلها الصبي المميز أملأ من المحيل فلا يترتب حكم على إجازة الولي إذا كانا متساويين في اليسار والحوالة غير صحيحة أيضاً. وقد أشير الى ذلك في متن المجلة بتعبير (أملأ) أي باسم التفضيل. لأن العقد جعل مشروعاً لأجل الفائدة. والعقد الذي

لا فائدة منه ساقط من الاعتبار (الدر المختار في آخر الحوالة) راجع شرح المادة (٢٠٠). وذكر صدر الإسلام أبو اليسر في المبسوط في حيلة إسقاط بعض صداق الصغيرة أن الاب يحيل على نفسه شيئاً من المهر فيبرئ ذمة الزوج عن ذلك القدر ولو كان الاب مثل الزوج في اليسار فينبغي أن يصح أيضاً (تعليقات ابن عابدين على البحر في الحوالة).

غير أن شرط كون المحال عليه أملأ من المحيل ذكر في المجلة مخصوصاً بالصورة التي يقبل الصبي المميز فيها حوالة ويفهم من ذلك أنه إذا أحال الصبي المميز ديناً على أحد لا يشترط لصحة إجازة الولي هذه الحوالة أن يكون المحال عليه أكثر يساراً من المحيل.

قبول المتولي الحوالة- يشترط في قبول المتولي مال الوقف حوالة أن يكون المحال عليه أملأ من المحيل (علي افندي) (راجع المادة ٥٨).

قبول الولي والوصي الحوالة- إذا لزم الدين بعقد الولي أو الوصي وقبله الولي أو الوصي حوالة على شخص أملأ من المحيل يصح ويكون لازماً. وليس للصبي أن يفسخ الحوالة المنعقدة على هذه الصورة بعد بلوغه.

وذهب الإمام الأعظم والإمام محمد إلى أنه للولي والوصي أن يقبلا الدين اللازم بعقدهما حوالة على من هو أفقر من المحيل حتى على رجل مفلس وأنه في هذا التقدير يترتب ضمان على الولي والوصي. وعند الإمام ابي يوسف الحوالة غير صحيحة أيضاً (آداب الأوصياء في الحوالة).

كما لو أبرأ الوصي المدين كاملاً أو أجل الدين فإن كان الدين ناشئاً عن عقد أجراه الوصي كان ذلك صحيحاً وكان الوصي ضامناً عند الإمام الأعظم والإمام محمد ولا يصح عند الإمام ابي يوسف (التنوير وشرحه في باب الوصي وآداب الأوصياء في فصل في الصلح).

عبارة (ولكن) المذكورة في هذه المادة لا تفيد حصراً في أحد المذهبين المار ذكرهما. كما أن المادتين ١٥٣٩و ١٥٤٠ لا تعنيان أحداً من المذهبين المذكورين. فليتأمل.

الحوالة بالإكراه- رضا المحال له والمحال عليه شرط في صحة الحوالة. راجع شرح المادة (٦٨٠). بناء عليه إذا أخذ رجل حوالة بالإكراه المعتبر أو قبلها لا تكون صحيحة.

مثلاً لو ادعى المحال له أن الحوالة حصلت بالإكراه المعتبر وأثبت مدعاه يأخذ مطلوبه من الدين من المحيل (علي افندي، والبهجة، والهندية، ورد المحتار). راجع المادتين (١٠٠٦و ١٠٠٧).

﴿المادة ٦٨٦﴾ لا يشترط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل فالحوالة صحيحة وإن لم يكن للمحيل دين عنده.

أو أن يكون للمحيل عند المحال عليه أمانة أو مال مغصوب وتصح الحوالة وإن لم يكن

للمحيل دين بذمة المحال عليه أو أمانة أو مال مغصوب بيده. وتكون هذه الحوالة حوالة مطلقة كما مر بيانه في شرح المادة (٦٧٩). (رد المحتار).

حتى انه ليس للمحال عليه أن يمتنع عن إعطاء المحال به إلى المحال له بعد قبول الحوالة مدعياً أن ليس للمحيل مطلوب عنده (علي أفندي) وإذا كانت الحوالة بأمر المحيل يرجع المحال عليه بعد الأداء على المحيل أنظر المادة (٦٩١).

ولعدم وجود الشرط المذكور في الحوالة فإنها تنقسم إلى الأقسام المدرجة في المادتين (٦٧٨ و٦٧٩).

يعني لو وجب أن يكون الشرط المذكور في الحوالة لاقتضى أن تكون الحوالة في نفس الأمر مقيدة وفيها شرط ومطلقة عارية عن الشرط ولكن تقسيم الحوالة إلى الأقسام المذكورة في المادتين (٦٧٨ و٦٧٩) تقسم الشيء إلى نفسه وإلى غيره.

ولكن ذكر في المادة (٦٧٣) أنه يشترط أن يكون للمحال له دين على المحيل.

وفي مذهب الشافعي يشترط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل. فبناء عليه إذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل لا تصح الحوالة وفي الواقع وإن جاز أن يقبل المحال عليه الحوالة ويؤدي الدين تطوعاً حال كونه غير مدين للمحيل فتكون هذه المعاملة من قبيل تأدية دين الغير ولا تكون حوالة (الباجوري).

لاحقة- في الحوالة على الكفيل والمدين معاً في الدين المكفول.

إذا أحال شخص دائنه على مدينه بالحوالة المقيدة ثم أحال دائنه الآخر على كفيل المدين المرقوم حوالة مقيدة بالدين الذي تعلق بذمة الكفيل بحسب الكفالة لا تكون هذه الحوالة الثانية صحيحة. وتلزم براءة الكفيل ببراءة الأصيل. ولو أحال أولاً على الكفيل ثم بذلك على المدين وكانت الحوالتان معاً والكفالتان معاً صحتا (الأنقروي في الحوالة). وفيه أنه يلزم من هذا استيفاء المحيل حقه من المدين والكفيل معاً والحال أنه يلزم من إيفاء أحدهما براءة الآخر على ما مر في الكفالة (الشارح).

﴿المادة ٦٨٧﴾ كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به أيضاً.

يشترط في صحة الحوالة أن يكون المحال به ديناً صحيحاً. على ما يفهم من المادة (٦٧٣) أيضاً. بناء عليه لا تصح حوالة الأعيان الموجودة إذ كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح حوالة ذلك الدين أيضاً. لأن الدين الذي لا تصح الكفالة له ليس بدين صحيح (رد المحتار عن الهندية).

وحيث أن هذا الدين وضح كما يجب في المادة(٦٣١) وشرحها فلا حاجة للتكرار هنا.

مثال لعدم صحة حوالة الأعيان: إذا أحال الوديع المودع على شخص آخر بالخمسين ذهباً الموجودة عيناً بيده والعشرين كيلة حنطة لا يصح. كما أن الكفالة بهذا أيضاً غير صحيحة.

مثال لحوالة الدين غير الصحيح: لو لعب رجل مع آخر قماراً وصار ذلك الرجل مديناً للآخر بسبب القمار بعشر ذهبات وأحاله بها على شخص آخر وقبل ذلك الشخص تكون الحوالة باطلة.

كما لو فرض لرجل على شخص جريمة بكذا قرشاً ثم أحال دائنه على الشخص المذكور بالحوالة المقيدة كي يعطي من تلك الجريمة لا تصح تلك الحوالة (علي افندي)

إختلاف المحال عليه والمحيل في صحة الدين- لو أدعى المحال عليه على المحال له بغياب المحيل بأن المحال به مبلغ ناشيء عن القمار أو الجيفة أو من أعراض بني آدم فالحوالة غير صحيحة ولو صادق المحال له على ادعاء المحال عليه هذا وأقر به لا يلزم المحال عليه شيء. فإذا كان المحيل حاضراً وادعى أن المحال به مبلغ قرض وصادق المحال له على ذلك لزمت تأدية المبلغ المذكور على المحيل ولا يلزم المحيل عليه شيء. أنظر المادة (٧٨) وقد مر في شرح المادة(٦٣١) أن الحكم في الكفالة أيضاً على هذا المنوال.

وأما إذا أنكر المحال له فلا يقام شاهد على المحال عليه من المحال له بغياب المحيل (الهندية في الباب الثالث).

﴿المادة ٦٨٨﴾ كل دين تصح الكفالة به تصح الحوالة به أيضاً. لكن يلزم أن يكون المحال به معلوماً. بناء عليه حوالة الدين المجهول غير صحيحة مثلاً لو قال إني قبلت حوالة ما يثبت لك من الدين عند فلان لا تكون الحوالة صحيحة.

لأن الدين الذي تصح الكفالة به هو الدين الصحيح (البهجة).

ولكن لما كان العلم بالمال المكفول به غير مشروط على ما ذكر في المادة(٦٣٠) يجب أن يكون المحال به معلوماً.

وكلمة (لكن) هذه تفيد استثناء الفقرة السابقة يعني فقرة (كل دين..) وكلام (بناء عليه..) تفريع على هذه الفقرة الاستثنائية. وحوالة الدين المجهول غير صحيحة مع أن الكفالة بالدين المجهول صحيحة. مثلاً لو قال شخص لشخص آخر إني قبلت حوالة على ما يثبت لك من الدين عند فلان ورضي ذلك الشخص لا تصح الحوالة ولا يجبر الشخص المذكور على التأدية إذا ثبت لذلك الشخص مطلوب (البحر ورد المحتار). لأن الحوالة عبارة عن نقل الذمة. ويصير المحيل بريئاً بهذا النقل وحيث أنه بعد هذا النقل لا يطلب شيء من المحيل فلا يعود من الممكن الإدعاء على المحيل وإثبات ذمته بعد النقل ولكن نظراً لكون الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فيبقى من الممكن

بعد الكفالة مطالبة الأصيل وإثبات الدين. فلهذا السبب الكفالة بالمجهول جائزة والحوالة به لا تجوز.

وحيث أن المادتين (٦٨٧و ٦٨٨). جمعتا في المادة (٦٣١) من كتاب الكفالة فكان من الأنسب للسياق المذكور أن تجمع المواد المذكورة في مادة واحدة.

﴿المادة ٦٨٩﴾ كما أن الحوالة بالديون الصحيحة المترتبة على الذمة اصالة صحيحة فالحوالة بالدين المترتب على الذمة من جهة الكفالة والحوالة صحيحة أيضاً.

ان حوالة الديون الصحيحة كثمن البيع وبدل الإجارة والقرض وضمان المتلفات وبدل المغصوبات التي تترتب على ذمة المدين اصالة كما أنها صحيحة فحوالة الدين المترتب على ذمة الكفيل أو المحال عليه من جهة الكفالة أو الحوالة صحيحة أيضاً (رد المحتار). ولكنه قد ذكر في المادة السابقة أن قسماً من الدين المترتب بذمة المدين من جهة الكفالة دين مجهول وحوالته غير جائزة. والكفالة بهذه الديون صحيحة أيضاً. ولو كان المحتال عليه أحاله بالمال على غيره كان جائزاً لأنه لما تحول المال إليه بالحوالة التحق بما كان واجباً في الأصل وكما يصح التحويل من الذمة الأولى إلى ذمته يصح التحويل من ذمته إلى ذمة أخرى (مبسوط السرخسي في الحوالة نقول البهجة).

وحيث أن هذه المادة فرع الفقرة الأولى من المادة الآنفة كان إيرادها تفريعاً لها مناسباً.

مثلاً كما أن حوالة شخص دينه البالغ الف قرش والمتسبب عن ثمن المبيع أو جهة القرض صحيحة فحوالة المبلغ الذي لزم ذمته حسب الكفالة بعد أن كفل ديناً آخر صحيحة أيضاً على ما مر في المادة (٦٦٨).

حتى أنه لو أحال شخص البايع بثمن المبيع على شخص آخر بعد أن كفل الثمن المذكور لزم البائع أن يأخذ الثمن المذكور من المحال عليه. وليس له أن يطلبه من المشتري. راجع المادة (٦٩٠).

وكذلك إذا احال شخص الدين الذي قبله حوالة على نفسه البالغ الف قرش على شخص آخر أو على المحيل صح ذلك. ويصير المحال عليه - ذلك الشخص - بريئاً من الدين وينتقل الدين إلى الشخص الآخر المار ذكره أو إلى المحيل الأول.

الباب الثاني

في بيان احكام الحوالة

احكام جمع حكم، يقصد منه هنا معنى الأثر المترتب على الحكم يعني أن معنى حكم الحوالة الأثر المترتب على الحوالة وهذا الأثر هنا أشياء كبراءة المحيل وحكم المادة الآتية جار في كل قسم من اقسام الحوالة.

وخلاصة المسائل المهمة في هذا الباب مدرجة هنا كما يأتي:

خلاصة الباب الثاني

أحكام الحوالة

١

الأحكام العمومية

الحكم الأول: المحيل يصير بريئاً موقتاً من دينه. لأن الحوالة نقل وتحويل. وهذا إنما يتحقق بفراغ ذمة الأصيل. وان وجد كفيل فهو يبرأ أيضاً. لأن براءة الكفيل تلزم من براءة الأصيل. قيد «موقتاً» لأجل الاحتراز من جهات انتهاء حكم الحوالة بصورة التوى وفسخ الحوالة وعودة الدين إلى ذمة المحيل.

التوى: الحوالة تنتهي بتوى الدين عند المحال عليه قبل أن يستوفي المحال له دينه ويعود الدين إلى المحيل لأن براءة المحيل مشروطة بسلامة حق المحال له. فإذا انعدمت السلامة تزول البراءة أيضاً. وعند الامام الشافعي لا يعود الدين إلى المحيل أبداً. لأن الساقط لا يعود.

يكون التوى عند الإمام الأعظم على وجهين:

١ وجه: لعدم وجود بينة عند المحيل والمحال له تثبت الحوالة إذا أنكرها المحال عليه.

٢ وجه: بوفاة المحال عليه مفلساً. وان كان له كفيل لا يرجع على المحيل التوى نظراً لقول الإمامين عدا عن هاتين الصورتين

الحكم الثاني:
- فسخ الحوالة:
  - يكون بصدور حكم بافلاس المحكوم عليه وهو في قيد الحياة.
  - تكون: ١ بالاقالة، ٢ بخيار الشرط
- يثبت حق مطالبة ذلك الدين من المحال عليه للمحال له.

٢

الأحكام الخصوصية

في الحوالة المقيدة:

ينقطع حق مطالبة المحيل الثابت بسبب ماله الذي بيد المحال عليه أو ذمته ولكون الحوالة تقيدت بالمال الذي في ذمة المحال عليه تعلق حق الطالب به وليس للمحال عليه أن يعطيه إلى المحيل بعد ذلك. وان أعطى يكون ضامناً ويرجع على المحيل وإذا توفي المحيل وتركته مستفرقة بالديون فليس للغرماء أن يتداخلوا في ذلك المال.

وإذا احال شخص الدائن المحال له على المحال عليه بناء على أن يبيع مالاً معيناً من أموال الشخص المذكور وقبل ذلك تصح الحوالة ويجبر المحال عليه أولاً على بيع المال وثانياً على إيفاء الدين من ثمنه. لأنه وكل بأمر المحيل ببيع ذلك المال.

المسائل التي يعود فيها الدين على المحيل في الحوالة المقيدة:

في صورة التوى:

مسألة ١: إذا هلك المبيع قبل التسليم وسقط الثمن أو رد المبيع بخيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب أو أقيل البيع في الحوالة المقيدة بأن تؤدى من المطلوب الذي للبايع في ذمة المشتري من جهة ثمن المبيع لا تبطل الحوالة. لأن الحوالة صحيحة وان لم يكن المحال عليه مديناً يرجع المحال عليه بعد الاداء على المحيل. وأما إذا تبينت براءة المحال عليه من ذلك الدين لكون المبيع ضبط بالاستحقاق تبطل الحوالة. والمشتري ان شاء أخذ الثمن من المحيل وان شاء اخذه من المحال له. لأن الحوالة فاسدة.

مسألة ٢: إذا ضبطت الأمانة بالاستحقاق في الحوالة المقيدة بأن تؤدى من المبلغ الذي للمحيل بيد المحال عليه أمانة تبطل الحوالة لأنه لما يصل المال إلى صاحبه يكون الغاصب وغاصب الغاصب بريئين من الضمان. ويعود الدين إلى المحيل.

مسألة ٣: إذا هلك المبلغ وكان غير مضمون (كالامانة) في الحوالة المقيدة بأن تؤدى من ذلك المبلغ الذي للمحيل بيد المحال عليه تبطل

الحوالة. لأن المحال عليه التزم الحوالة بناء على أن يؤديها من ذلك المال ويعود الدين إلى المحيل. وان كان مضموناً لا تبطل الحوالة.

في الحوالة المبهمة: إذا كان الدين معجلاً على المحال عليه تكون الحوالة معجلة ويلزم المحال عليه أن يؤديها في الحال وان كانت مؤجلة تكون الحوالة مؤجلة أيضاً ويلزم اداؤها عند حلول وعدتها. وان عاد الدين إلى المحيل فالاجل يبقى على حاله.

احالة الأب والوصي دين الصبي المعجل مؤجلاً غير صحيحة إذا لم يكن ذلك الدين نتيجة عقدهم.

٣

في البراءة من الحوالة

١ إذا أحال شخص دائنه على مدينه بالحوالة المقيدة فكما أن المدين يصير بريئاً من الدين الذي لذلك الشخص يصير الكفيل بريئاً أيضاً. مثلاً إذا أحال المرتهن أحداً على الراهن فلا يبقى له حق بحبس الراهن وتوقيفه.

٢ يصير المحال عليه بريئاً من الدين في الصور الآتية:
- ١ باداء المحال به
- ٢ باحالة المحال به على غيره
- ٣ بابراء المحال له المحال عليه
- ٤ بهبة المحال له المحال به أو تصدقه به وقبول المحال عليه تلك الهبة أو الصدقة.

٣ إذا توفي المحال له وكان المحال عليه وارثه فقط فلا يبقى حكم للحوالة. لأنه لم يبق من يطالب المحال عليه بالمحال به.

وإذا كان وارث غير المحال عليه فيكون بريئاً من الدين بمقدار حصته الارثية فقط ومطالباً بحصص الورثة الآخرين.

﴿المادة ٦٩٠﴾ حكم الحوالة هو أن يكون المحيل بريئاً من دينه وان كان له كفيل أن يبرأ الكفيل من الكفالة. وأن يثبت حق مطالبة ذلك الدين من المحال عليه للمحال له أو إذا احال المرتهن أحداً على الراهن لا تبقى له صلاحية بحبس الرهن وتوقيفه.

الحكم الأول للحوالة هو براءة المحيل من دينه وبراءة الكفيل من الكفالة ان كان له كفيل. وسواء في ذلك ان كان المحال له قبض المحال به من المحال عليه أو لم يقبض بعد . وليس للمحال له أن يرجع على المحيل بعد ذلك ما لم يكن التوى على ما سيوضح قريباً.

ويصير المحيل بريئاً من دينه. لأن معنى الحوالة النقل والتحويل والنقـل والتحويـل إنما يتحققان بفراغ ذمة الأصيل.

والكفيل يصير أيضاً بريئاً. لأنه على ما جاء في المادة (٦٦٢) تلزم براءة الكفيل من براءة الأصيل.

مسائل متفرعة على براءة المحيل من دينه:

١ ـ مسألة: حيث أن المحيل صار بريئاً من دينه فليس للمحال له أو لوكيله أن يطلب الدين من المحيل أو من ورثته إذا توفي. حتى ولو غاب المحال عليه وتعذر طلب الدين منه على المحال له فليس للمحال له أن يطلبه من المحيل. وفائدة براءته أنه لو مات لا يأخذ المحال له الدين من تركته ولكنه يأخذ كفيلاً من ورثته أو من الغرماء مخافة أن يتوى حقه (رد المحتار).

٢ ـ مسألة: إذا أعطى المحيل للمحال له رهناً مقابل دين أجريت حوالته لا يصح لأنه كما سيفهم من المادة (٧٠١) أن الرهن هو حبس مال مقابل حق فمتى انعدم الحق لا يصح الرهن ولم يبق للمحال له عند المحيل حق بعد الحوالة.

٣ – مسألة: إذا أبرأ المحال له المحيل بعد الحوالة من الدين أو وهبه إياه لا يصح ولا يطرأ خلل على الحوالة حتى أنه لو توفي المحال عليه بعد هذا الإبراء مفلساً يعود الدين إلى المحيل كما سيبين قريباً ولا يكون للإبراء السابق المذكور تأثير وحكم على هذا (التنقيح والبهجة).

٤ – مسألة: إذا أحال الكفيل المكفول له بالدين المكفول به على المدين وقبل هذا الأخير يصير الكفيل المرقوم بريئاً (رد المحتار).

والحكم الثاني هو ثبوت حق مطالبة ذلك الدين من المحال عليه للمحال به لأن الدين المذكور انتقل إلى المحال عليه.

بعض المسائل المتفرعة على الحكم الثاني:

١ – مسألة: إذا أبرأ المحال له المحال عليه من المحال به أو وهب المحال به للمحال عليه صح ذلك. أنظر المادة (٨٤٧) (رد المحتار).

٢ – مسألة: لا تبطل الحوالة بوفاة المحال عليه أو بجنونه وإذا توفي المحال عليه يستوفي المحال له المحال به من تركة المحال عليه (الفيضية).

٣ – مسألة: إذا كان المحال عليه شخصين وبتعبير آخر إذا أخذ شخصان معاً ديناً حوالة عليهما يطالب كل منهما بنصف الدين وكان الحكم في الكفالة على هذا المنـوال. راجع المـادة (٦٤٧). (النتيجة). ولكنه كما هي الحال في الكفالة لا يمكن في الحوالة أيضاً أن يأخذ كل من ذينك الشخصين على حدة مجموع الدين حوالة على نفسه.

والحكم الثالث: هو أنه إذا أحال شخص دائنه على مدينه زيد بالحوالة المقيدة فكما أن زيداً

يصير بريئاً من دينه كذلك الشخص إن كان له كفيل يبرأ أيضاً. ويطلب المحال له بهذه الصورة الدين من الأصيل يعني من زيد. وليس من الكفيل. لأن الكفيل لم يكن كفيلاً لمطلوب الدائن بل كفيلاً لدين ذلك الشخص (رد المحتار).

بعض مسائل متفرعة على الحكم الثالث:

١ ـ مسألة: إذا أحال المرتهن أحداً على دائنه ـ بالحوالة المقيدة بالدين على الراهن فلا يبقى له صلاحية بحبس الراهن وتوقيفه.

يعني حيث أن الراهن يصير بريئاً من دينه للمرتهن بهذه الحوالة فيلزم رد الرهن إلى الراهن. لأن حكم الرهن كما جاء في المادة (٧٢٩) هو أن يكون للمرتهن حق الحبس فيه لحين استيفاء الدين ولما انقطع حق مطالبة المرتهن بدينه الذي بذمة الراهن بسبب استيفاء الدين بإجراء الحوالة فلم يعد إمكان لحبس الرهن وإلا لا يبقى هذا الرهن بيد المحال له بصفة رهن.

٢ - مسألة: إذا أحال شخصاً على المشتري لأجل قبض ثمن المبيع كما ذكر في المادة (٢٨٢) يكون أسقط حق حبسه في المبيع (رد المحتار). لأن المشتري صار بريئاً من دينه للبائع.

وجاء في هذه الفقرة من المجلة «إذا أحال المرتهن أحداً على الراهن...» لأنه إذا أحال الراهن المرتهن بدينه على أحد فقبل أن يأخذ المرتهن المبلغ المحال به من المحال عليه لا يسقط حق حبس المرتهن في الرهن (رد المحتار).

الفرق بين مسألة المجلة وهذه المسألة ظاهر. لأنه في هذه المسألة لم يصل مطلوب المرتهن إلى يده بعد يعني في مسألة المجلة حيث أن حق مطالبة المرتهن للراهن سقط فسقط أيضاً حق حبسه للرهن. واما في مسألة الشرح فحق المطالبة باق (رد المحتار).

وأفاد صاحب الذخيرة بأن هذه المسألة - مسألة الشرح - على مذهب الإمام محمد رحمه الله تعالى وأفتى بها في أوائل كتاب الرهن من الفتاوي التركية المسمى (البهجة).

ويفهم من حصر صاحب الذخيرة هذه المسألة في مذهب الإمام محمد أن الإمام الأعظم والإمام أبا يوسف قالا بسقوط حق حبس المرتهن. وفي الحقيقة إن كان مذهب الإمامين المشار إليهما على هذه الصورة فعند العاجز يلزم ترجيح هذا المذهب. لأنه يرد سؤال بالوجه الآتي على المذهب المروي عن الإمام محمد والذي عدته البهجة مفتىً به وهو إذا أحال المرتهن دينه الذي بذمة الراهن إلى شخص آخر وقبل هذا الحوالة يصير الراهن بموجب هذه المادة من المجلة بريئاً من دينه للمرتهن. لأن دين الراهن انتقل إلى المحال عليه. وصار المدين تجاه المرتهن المحال عليه وليس الراهن. ففي الحالة هذه أي حق يبقى للمرتهن بأن يحبس ويمسك الرهن الذي أخذه من الراهن في مقابلة مطلوبه الذي بذمة المحال عليه وأن يبيع ذلك الرهن إذا لم يؤد المحال عليه دينه إلى المرتهن وفي الواقع وإن كان حق مطالبة المرتهن باقياً فهذا الحق ليس متوجهاً إلى الراهن بل إلى

المحال عليه. وفي المسألة الآتية وهي نظيرة لهذه المسألة يسقط عند الشيخين حق حبس البائع. والمسألة هي:

إذا أحال المشتري البايع على شخص لأجل قبض ثمن المبيع يسقط حق حبس البايع عند الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف ولا يسقط عند الإمام محمد. أنظر شرح المادة (٢٨٢).

معنى كون براءة المحيل موقتة:

إن براءة المحيل من دينه موقتة كما ذكر أثناء شرح المادة. كون الدين يعود إلى المحيل بإنهاء حكم الحوالة أحياناً وينتهي حكم الحوالة بوجهين:

الوجه الأول: التوى. تنتهي الحوالة في الحوالة المطلقة بتوى مطلوب المحال له عند المحال عليه قبل استيفاء المحال له المطلوب المذكور. ويعود الدين إلى المحيل.

وبتعبير آخر إذا هلك دين المحال عليه يعود الدين إلى المحيل ويلزم المحيل إعطاؤه. وفي الحوالة المقيدة أيضاً يعود الدين إلى المحيل في بعض الأحيان. راجع المواد (٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥).

وأما سبب عودة الدين إلى المحيل في التوى فإن براءة المحيل مشروطة بسلامة حق المحال له كما أن سلامة المبيع من العيب شرط أيضاً. فلما انعدمت السلامة زالت البراءة أيضاً ولزم رجوع المحال له على المحيل.

وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى «ليس للمحال له أن يرجع على المحيل عند التوى مهما كان الوجه الذي يتحقق فيه. لأن حق المحال له عند المحيل قد سقط والساقط لا يعود حتى أنه لو اشترط الرجوع عند التوى على المحيل فلا تصح الحوالة بهذا الشرط. لأن الشرط المذكور «مخالف لمقتضى الحوالة» (الباجوري).

وعند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى يحصل التوى أي هلاك الدين بوجهين لا غير:

الأول: عند إنكار المحال عليه الحوالة وعدم اقتدار كل من المحال له والمحيل على إثباتها بحلف المحال عليه اليمين على أنه لم يأخذ الدين حوالة عليه. وإذا لم يمكن إثبات الحوالة بالبينة على الوجه المشروح فالقول مع اليمين بعدم الحوالة للمحال عليه. راجع المادة (٧٦). (الدرر). وأما إذا أثبت المحال له أو المحيل الحوالة بالبينة فيكفي ولا يتحقق التوى.

الثاني: بوفاة المحال عليه مفلساً يعني بوفاته مع عدم وجود مال له يكفي لوفاء الدين المحال به وعد وجود كفيل لجميع ذلك الدين. لأن ذمة المحال عليه في تلك الصورة قد خربت. ولأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة (البحر).

وأما إن كان للمحال عليه المتوفي كفيل فسواء أكان الكفيل المرقوم كفيلاً بأمر المكفول له أو بلا أمرة وسواء أكانت الكفالة معجلة أو مؤجلة أو أجلت بعد الإحالة فيطالب الكفيل بالدين ولا

يعود إلى المحيل بناء على المادة (٦٤٣). وإن لم يكن به كفيل ولكن تبرع رجل ورهن به رهناً ثم مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل. ولو كان مسلطاً على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلساً بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن.

وأما إذا غاب المحال عليه بسبب عجزه عن ايفاء الدين ولم يعلم محل إقامته لا يعود الدين إلى المحيل بتعذر استيفاء الدين منه بسبب غيابه أو بمجرد عجزه عن إيفاء الدين حال حياته ما لم تثبت وفاته مفلساً (رد المحتار والهندية في الباب الأول).

ويحصل التوى عند الإمامين رحمهما الله تعالى بوجه ثالث غير هذين الوجهين المذكورين آنفاً. كما لو ثبت عدم اقتدار المحال عليه على تأدية الدين وحكم الحاكم بإفلاسه يتحقق التوى أيضاً. لأنه بهذه الصورة عند الحكم من جانب الحاكم بإفلاس المحال عليه وامتناع المحال له من ملازمة المحال عليه وحيث أن المحال له بقي عاجزاً عن استيفاء حقه يتحقق التوى وهذا العجز أيضاً هو كجحود الحوالة والعجز بوفاة المحال عليه مفلساً (البحر). ولكن إذا صار المحال عليه مفلساً أثناء الحوالة وقبل المحال له الحوالة مع علمه بذلك هل له أن يرجع على المحيل بعده؟ الجواب أن لا يكون له الرجوع نظراً للسبب الذي هو بحق عودة الدين إلى المحيل بالتوى. ويكون المحال له قصر بترك التدقيق والتحري في هذا وعند الشافعي أيضاً ليس له أن يرجع (الباجوري).

ولكن قد رجح مذهب الإمام الأعظم بخصوص التوى في متون وشروح الكتب الفقهية القائل بأنه إنما يحصل بالوجهين الأولين المار ذكرهما فقط. حتى أن صاحب رد المحتار قال (إني لم أر من رجح قول الإمامين). ولكن شيخ الإسلام المشهور علي أفندي أفتى بتحقق التوى بسبب ثالث على مذهب الإمامين المشار إليهما وينقسم التوى بصورة وفاة المحال عليه مفلساً إلى قسمين:

القسم الأول: التوى كلاً يحصل بعدم وجود مال أو رهن أو كفيل للمحال عليه ليؤخذ مقدارها من المحال به.

القسم الثاني: التوى بعضاً، وهو أن يتوفى المحال عليه تاركاً ما يكفي لأداء قسم من المحال به فيأخذ المحال له المال الذي يصيب حصته من تقسيم الغرماء ويظهر من تركة المحال عليه ويرجع بالباقي على المحيل (الخيرية في الحوالة).

كما لو توفي المحال عليه مفلساً ووجد كفيل لقسم من المحال به فقط فحيث أن التوى تحقق في المقدار غير المكفول يرجع المحال له على المحيل بهذا المقدار (رد المحتار).

إستثناء، وإن كان الدين يرجع بالتوى إلى ذمة المحيل على الوجه المشروح فالمسألة الآتية مستثناة من ذلك فلا يعود الدين بالتوى إلى المحيل فيها. والمسألة هي:

إذا أحال المحال عليه المحال له على المحيل ثانية فعند تحقق التوى عند الشخص المحيل أولاً والمحال عليه ثانياً لا يعود الدين إلى المحال عليه ثانياً أي المحيل أولاً. وبتعبير آخر إذا أحال

شخص دينه الذي لآخر على شخص غيره وأحال هذا الشخص الدين المذكور على الشخص الأول وهلك الدين عند هذا الأخير لا يعود الدين إلى الشخص المذكور (رد المحتار).

الوجه الثاني فسخ الحوالة وهذا أيضاً نوعان:

النوع الأول : الفسخ بالإقالة. يعني أن الحوالة تنفسخ بفسخ المحال له والمحيل ويكون المحال عليه بريئاً بهذه الصورة. ويرجع الدين والمطالبة إلى المحيل. لأن في الحوالة معنى مبادلة مال بمال. وتكون هذه متحملة للفسخ والإقالة أيضاً كالبيع والإجارة (البدايع في الحوالة).

كما لو أخذ شخص الدين الذي له بذمة رجل حوالة على شخص آخر وبعد أن أخذ سنداً من المحال عليه بالدين الذي أحيل أخبر المحال له بأن المحال عليه مفلس فطلب المحيل من المحال له أن يعطيه السند الذي أخذه من المحال عليه ويترك الحوالة وأعطاه السند تنفسخ الحوالة وإن لم يتكلم شيئاً بلسانه. (البزازية).

النوع الثاني، الفسخ بخيار الشرط. وخيار الشرط هذا إما أن يكون لأجل المحال له وشرط الخيار للمحال له جائز في الحوالة وفي هذا التقدير يكون المحال له مخيراً: إن شاء أمضى الحوالة وإن شاء رد الحوالة ورجع على المحيل (الهندية) راجع شرح الفصل الأول من الباب السادس في كتاب البيوع. كما أنه لو أحال المحال له على أن يظل حق رجوعه على المحيل باقياً متى شاء فالحوالة صحيحة والشرط معتبر. أنظر المادتين (٦٨٢، ٦٤٩).

وفي هذا التقدير المحال له مخير بين أن يأخذ المطلوب من المحيل أو المحال عليه (الهندية في مسائل شتى من الحوالة).

واما أن يكون للمحال عليه وفي هذه الصورة إذا فسخ المحال عليه الحوالة في مدة خياره تنفسخ ويرجع الدين إلى ذمة المحيل.

بعض مسائل في التوى:

مسألة ١ : إذا ادعى المحال له بأن المحال عليه أنكر الحوالة والمحال عليه غائب وقصد الرجوع على المحيل فإن صادق المحيل صح ذلك ورجع المحال له عليه وأما إذا لم يصادق لا تكون دعواه هذه في غياب المحال عليه صحيحة ولا بينته مسموعة. وإذا كان المحال عليه حاضراً وأنكر الحوالة فإن لم يمكن إثباتها فالقول قول المحال عليه. بأنه لم يأخذ الحوالة وقد مر ذلك أثناء شرح المادة. راجع المادة (٧٧). (الدر المختار في آخر الحوالة والبهجة عن البحر).

مسألة ٢ : إذا قدم المحال له دعوى بأن المحال عليه توفي مفلساً وادعى المحيل وفاته غنياً فالقول مع اليمين على عدم يساره للمحال له. لأن المحال له يدعي الظاهر والأصل وهو العسرة وعدم اليسار. وفي هذا التقدير يرجع المحال له على المحيل (هامش الأنقروي في الحوالة والهندية في الباب الأول من الحوالة).

مسألة ٣: إذا اختلف المحيل والمحال له بعد وفاة المحال عليه مفلساً فقال المحيل إنك كنت استوفيت المحال به منه في حال حياته وقال المحال له لم استوف وإني أرجع عليك لوفاته مفلساً فالقول مع اليمين على انه لم يقبض المحال به للمحال له. لأن المحال له متمسك بعدم الاستيفاء الذي هو الأصل والإستيفاء صفة عارضة. الأصل فيها العدم. راجع المادة (٩) وشرح المادة(٧٦)(البزازية في الحوالة).

مسألة ٤: إذا حكم الحاكم بعد وفاة المحال عليه ببطلان الحوالة وعودة الدين إلى ذمة المحيل لسبب وفاته مفلساً ولعدم علمه أن للمحال عليه مالاً ثم ظهر بعد الحكم أن للمحال عليه مالاً مطلوباً بذمة شخص ملء أو وديعة عند شخص فيبطل الحاكم الحكم المذكور. يعني يسترجعه. راجع المادة(٧٢). (الهندية في الباب الأول).

وعلى تقدير ذلك إن كان المحال له أخذ الدراهم من المحيل يعيدها ويستوفيها من المال الذي ظهر للمحال عليه (الهندية).

تحقق التوى في حال وجود رهن أو كفيل في مقابلة المحال به:

مسألة ٥: إذا وجد رهن بيد المحال له مقابل المحال به وكان الرهن المذكور مستعاراً أو متبرعاً به- كرهن شخص ماله تبرعاً- فعند وفاة المحال عليه مفلساً يخرج ذلك الرهن من الرهنية ويعود الدين إلى المحيل ويسترد صاحب الرهن ماله. سواء أكان المحال له مأذوناً ببيع الرهن المذكور أم لم يكن. حتى أنه إذا كان المحال مأذوناً ببيع الرهن المذكور وبعد أن باعه وقبل أن يقبض الثمن توفي المحال عليه مفلساً يعود الدين إلى المحيل ويرجع الثمن المذكور إلى صاحب الرهن «رد المحتار والهندية في الباب الأول».

وإذا هلك الرهن بيد المحال عليه قبل أن يسترجعه صاحبه وبعد أن استخلصه بوفاة المحال عليه مفلساً يسقط الدين الذي في مقابلته. على ما سيفصل في كتاب الرهن. وعلى هذا التقدير ينظر: فإن كان صاحبه رهنه تبرعاً فله أن يرجع على المحيل وإن كان المحال عليه استعاره ورهنه يرجع المعير أيضاً على المحيل (الهندية في الباب الأول من الحوالة).

مسألة ٦: إذا توفي المحال عليه مفلساً بعد أن أعطى كفيلاً بالمحال به وأبرأ المحال له الكفيل يتحقق التوى ويعود الدين الى المحيل (رد المحتار).

خلاصة المسائل العائدة لعودة الدين إلى المحيل:

تنقسم هذه المسائل إلى قسمين:

القسم الأول- العودة في الحوالة المطلقة وفي هذه الصورة يعود الدين إلى المحيل في الأربع مسائل الآتي بيانها.

مسألة ١- يعود الدين إلى المحيل بتوى المحال به عند المحال عليه وقد مرت التفصيلات اللازمة على التوى.

مسألة٢ ـ تنفسخ الحوالة بفسخ المحيل والمحال له واقالتهما إياها ويعود الدين إلى المحيل. وفي البزازية المحيل والمحال له يملكان النقض فيبرأ المحال عليه (رد المحتار في الحوالة).

مسألة ٣ ـ إذا اشترط خيار للمحال له وفسخ الحوالة بحكم الخيار تنفسخ الحوالة ويرجع الدين إلى المحيل.

مسألة ٤ ـ إذا اشترط خيار للمحال عليه وفسخ الحوالة بحكم الخيار تنفسخ الحوالة ويعود الدين إلى المحيل «رد المحتار في خيار الشرط».

القسم الثاني- العودة في الحوالة المقيدة. على هذا التقدير يعود الدين إلى المحيل في المسائل الثلاث الآتي ذكرها:

مسألة١- إذا ظهر مستحق للمبيع في الحوالة المقيدة- بأن يعطى من المطلوب الذي للبايع بذمة المشتري من ثمن المبيع- وضبط فبما أنه تبين إذ ذاك أن المحال عليه بريء من ذلك الدين فتكون الحوالة باطلة ويرجع الدين إلى المحيل.

مسألة ٢- إذا ظهر مستحق للمال في الحوالة المقيدة بأن تعطى من المبلغ أو المال الموجود أمانة للمحيل بيد المحال عليه على الوجه المحرر في المادة(٦٩٢) وضبط ذلك المال تبطل الحوالة ويرجع الدين إلى المحيل.

مسألة ٣- إذا هلك المبلغ في الحوالة المقيدة بأن يعطى من المبلغ الموجود أمانة للمحيل بيد المحال عليه فإن كان المبلغ المذكور غير مضمون تبطل الحوالة ويرجع الدين إلى ذمة المحيل.

﴿المادة ٦٩١﴾ إذا أحال المحيل بصورة مطلقة ولم يكن له دين عند المحال عليه يرجع المحال عليه بعد الأداء على المحيل وإن كان له دين يتقاص بدينه بعد الأداء.

إذا أحال المحيل بصورة مطلقة أي غير مقيدة بأن تعطى من مال المحيل الذي بذمة المحال عليه أو بيده فإن لم يكن للمحيل مطلوب عند المحال عليه وعلى تقدير أن الحوالة أجريت بأمر المحيل فبناء على المادة(٦٩٨) يرجع المحال عليه بالمحال به على المحيل. وصرح في المادة(٦٩٨) أنه ليس له الرجوع قبل الأداء. وإنما إذا طالب المحال له المحال عليه بالمحال به وشدد عليه فإن كانت الحوالة بأمر المحيل فالمحال عليه أيضاً تخلصاً من مطالبة وتضييق المحال له يطالب المحيل ويشدد عليه وأما إذا لم تكن الحوالة بأمر المحيل فليس للمحال عليه أن يضايق المحيل كما أنه إذا كان للمحيل مطلوب عند المحال عليه فليس لهذا أن يضايق المحيل (الهندية قبيل الباب الثاني من الحوالة).

وإذا كان للمحيل مطلوب بذمة المحال عليه من جنس المحال به يتقاصان بعد الأداء.

وإذا توفي المحال عليه في الحوالة المطلقة يستوفى المحال به من تركته. فإن كانت تركته مستغرقة بالدين يأخذ المحال له ما يصيب حصته غرامة. وبخصوص الباقي توفق المعاملة على ما جاء في المسائل المذكورة في شرح المادة السابقة.

وسنسرد في هذه المادة أحكام الحوالة المطلقة.

وإن خصوص رجوع المحال عليه على المحيل المذكور بهذه المادة يجري في الصورة التي تكون الحوالة بأمر المحيل كما أشير إليه شرحاً. وأما إذا كانت الحوالة بدون أمر المحيل فلا حق للمحال عليه أن يرجع أو يتقاص بدينه بعد الأداء. كما سيذكر في شرح المادة (٦٩٨).

كما لو أمر المحيل شخصاً بأن يأخذ دينه حوالة عليه وأخذه ذلك الشخص حوالة على نفسه يرجع بعد الأداء على المدين. وسواء في ذلك أكانت الحوالة على موجب المادة(٦٨٢) أم على الوجه المذكور في المادتين (٦٨٠ و٦٨٣) بعد أن أمر المدين،صراحة على تلك الصورة. وأما إذا لم يأمر المدين ولم يكن داخلاً في عقد الحوالة أيضاً فليس له حق الرجوع يعني إذا عقدت الحوالة على وجه المادة (٦٨٢) فقد سرد في شرح المادة المذكورة أن ليس له حق الرجوع.

وأما إذا لم يأمر المدين المحال عليه صراحة بقبول الحوالة ولكنه دخل في عقد الحوالة وبتعبير آخر إذا عقدت الحوالة على الوجه المحرر في المواد(٦٨٠، ٦٨٢، ٦٨٣).

هل تكون موجبة للرجوع؟ قد ورد في الكتاب المسمى العناية أنه كما ذكر في رواية القدوري فائدة اشتراط رضا المحيل في الحوالة أن يكون حق المحال عليه بالرجوع بعد الأداء على المحيل. إن كانت الحوالة بأمر المحيل ونظراً لعلاوة هذا القيد بعد أن ذكر في هذه المسألة رضا المحيل فمجرد دخول المديون في عقد الحوالة لا يقوم مقام الأمر. ومع ذلك ولأجل إمكان الحكم بهذا يجب وجود نقل صريح. وفقرة «إذا ظهر مستحق في المادتين (٦٩٢ و٦٩٣) وأحكام المادتين (٦٩٤ و٦٩٥) لا تجري في الحوالة المطلقة (رد المحتار).

إذا طلب المحال عليه بعد أداء المحال به مثل ما أداه من المحيل وقال المحيل إني كنت أحلتك على أن تعطي من المطلوب الذي لي عندك لا يقبل كلامه بلا حجة. لأنه بالنظر لكون الحوالة صحيحة وإن لم يكن للمحال عليه دين للمحيل فلا يعد قبول المحال عليه الحوالة إقراراً منه للمحيل بالدين.

وإن كان للمحيل عند المحال عليه مطلوب أو مال آخر في الحوالة المطلقة فلا يتعلق حق المحال له بهذا المال. بل بالنظر لأنه يتعلق بذمة المحال عليه فيلزم أن يؤدي المحال به من ماله لعدم اقتداره على تأديته من مال المحيل المذكور.

ولا ينقطع حق مطالبة المحيل المحال عليه بما له عنده من الدين وللمال فيقبضه منه على حدة

ولا تبطل الحوالة بهذا القبض.

وعند وفاة المحيل ليس للمحال له أن يضبط ماله الذي بيد المحال عليه. بل يقسم على غرمائه وليس للمحال له أن يأخذ حقه من هذا التقسيم. لأن المحيل صار بريئاً من دينه على ما أوضح في المادة (٦٩٠) متناً وشرحاً.

وإذا أعطى المحال عليه ذلك المال للمحال له وهلك بيده يكون المحال عليه ضامناً (النتيجة وعلي أفندي ورد المحتار والهندية).

﴿المادة ٦٩٢﴾ ينقطع في الحوالة المقيدة حق مطالبة المحيل بالمحال به وليس للمحال عليه أن يعطيه. واذا أعطاه يكون ضامناً. ويرجع بعد الضمان على المحيل. وإذا توفي المحيل قبل الأداء وديونه أكثر من تركته فليس لسائر دائنيه حق المداخلة في المحال به.

الحكم في الأقسام الثلاثة للحوالة المقيدة هو هذا: ينقطع حق مطالبة المحيل بالمحال به. لأنه حيث أن الحوالة تقيدت بالمال الذي في ذمة المحال عليه أو في يده فحق استيفاء الطالب مطلوبه من المال المذكور تعلق به أيضاً. كما تعلق حق المرتهن في المال الذي بيده. وحيث أن أخذ المحيل هذا المال يبطل حق الطالب فلا يجوز له أخذه.

وعلى ما ذكر في المادة ٦٧٧ واستنبط من المادة ٦٨٨ فالمعنى الذي ورد في المجلة لأجل المحال به هو المال الذي أحيل أي المال الذي هو في ذمة المحيل وليس المال الذي للمحيل بذمة المحال عليه أو بيده وحيث أن حق المطالبة بالمال المحال به المذكور قبل الحوالة أو بعدها ليس للمحيل بل للمحال له فعلى تقدير أن المحال به استعمل في المجلة في المعنى الذي ذكر آنفاً فلا يكون تعبير (ينقطع حق مطالبته) صحيحاً. فبناء عليه يجب أن تكون العبارة هكذا. ينقطع في الحوالة المقيدة حق مطالبة المحيل بالمال الذي له بذمة المحال عليه أو بيده. مع أنه ورد في بعض الكتب الفقهية (لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بالعين المحال به والدين) واطلق على المال الذي بيد المحال عليه أيضاً (محال به) وبناء على هذا ينبغي أن يقال إن عبارة (محال به) هنا ليست مستعملة في المعنى الذي ورد في المادة (٦٧٧).

وبعد هذا توضح المادة كما يأتي: ليس للمحيل أن يأخذ ذلك المال من المحال عليه بعد إجراء الحوالة المقيدة.

حتى أنه إذا وهب المحال له ذلك المال أي مال المحيل الذي بيد المحال عليه للمحال عليه صح ذلك. لأنه كما للمحال له حق أن يتملك ذلك المال فله الحق أيضاً بتمليكه لغيره (البحر).

كذلك إذا أحال شخص دائنه بدين معجل بالغ ألف قرش على مدين له بدين معجل قدره

ألف قرش أيضاً وبعد ذلك أمهل المحال له المحال عليه فليس للمحيل والحالة هذه أن يقول للمدين: أعطني الآن الألف قرش على أن أعطيك إياه عند تمام الأجل (الهندية في الباب الثاني). وإذا أخذ المحيل المال الذي بيد المحال عليه في الحوالة المقيدة يسترده المحال عليه منه.

وليس للمحال عليه أن يعطيه أي أن يعطي المال المار الذكر الذي للمحيل بذمة المحال عليه أو بيده. وبعد إجراء الحوالة المقيدة بالدين على هذا الوجه إذا غاب المحال له فأراد المحيل أن يأخذ ماله من المحال عليه بادعائه أن ليس للمحال له بذمته دين وإحالته إياه كانت بصورة وكالة بقبض الدين ففي رواية لا يقبل قوله ولا تسمع بينته. لأنه إذا استمعت بنيته وحكم يكون حكم على المحال له الغائب عن المجلس. وفي رواية أخرى يقبل قوله هذا. لأن المطلوب الذي عند المحال عليه هو للمحيل وهو ينكر سقوط حقه بالحوالة. كما أنه نظراً لهذه الرواية الأخيرة إذا نهى المحيل المحال عليه قائلاً:

لا تعط هذا المبلغ للمحال له فإن نهيه معتبر وإن كان المحال له غائباً (البحر).

والباجوري يقول انه إذا حصل اختلاف فيما لو قال المدين للدائن: وكلتك بقبض الدين الذي لي بذمة فلان وقال الدائن: أحلتني بمطلوبي الذي عندك أو قال المدين قصدت الوكالة وقال الدائن لك أحلت فإن كان اللفظ الذي استعمل وقت الحوالة محتملاً للوكالة يصدق منكر الحوالة. لأن الأصل بقاء الحق والمدين أعلم بمقصود ذاته من سواه. وأما إذا لم يكن محتملاً للوكالة فلا يصدق المدين بادعائه أنه قصد الوكالة.

مثلاً لو قال المدين للدائن اني أحلتك بالعشر ذهبات التي لك عندي على هذا الرجل فحيث أن هذا الكلام لا يحتمل الوكالة فالادعاء بانه كان وكالة لا يقبل.

وكما لو قال المدين لداينه اني أحلتك على مديني فلان فقال له الداين انك وكلتني بقبض الدين أو انك قصدت من لفظ الحوالة الوكالة يصدق الداين بقوله مع اليمين. لأن الأصل بقاء حق الداين عند المدين أما إذا كان اللفظ غير محتمل للوكالة فلا يصدق الداين في قوله كما ذكر آنفاً. راجع شرح المادة (٦٩٨).

وإذا اعطاه المحال عليه إلى المحيل لا يطرأ خلل على صحة الكفالة. ويكون المحال عليه ضامناً لأنه يكون استهلك مالاً تعلق به حق المحال له. كما لو استهلك رجل الرهن الذي بيد المرتهن يضمن بدله للمرتهن (الدر المختار). ويرجع بعد الضمان على المحيل. يعني إذا أخذ المحال له مطلوبه من المحال عليه بعد أن أخذ المحيل ماله المذكور من المحال عليه يرجع المحال عليه على المحيل. لأن المحال عليه قبل الحوالة بأمر المحيل (الذخيرة).

تعبير (إذا أعطي) الوارد في المجلة بمعنى أنه إذا أعطى برضاه وأما إذا أخذ المحيل ذلك الدين أو ذلك المال من المحال عليه كرهاً وجبراً فاللائق أن لا يلزم المحال عليه الضمان (عبد الحليم).

وفي هذه الصورة لا يلزم المحال عليه أن يؤدي الدين الذي اخذه حوالة. وإذا توفى المحيل قبل الأداء أي قبل أن يؤدي المحال به من المال الذي بيد المحال عليه للمحال له وديونه أزيد من تركته فليس لسائر غرماء المحيل المداخلة بالمحال به وادخاله في قسمة الغرماء. لأن حق المحال له تعلق بالمال الذي بيد المحال عليه أو بالدين الذي بذمته. كما أنه بعد وفاة الراهن يتعلق حق المرتهن بالمرهون ويصير احق من سائر الغرماء.

وكما أنه - بعد أن أدى المحال عليه في الحوالة المقيدة بالدين المذكور للمحال له في حال صحة المحيل أو في مرض موته. - لو توفي المحيل دون أن يترك مالاً غيره فليس لسائر الغرماء أن يتداخلوا فيه (الهندية والفتاوي الجديدة).

ويفهم من هذا أن تعبير قبل الأداء في المجلة ليس احترازياً. بل أنه إذا توفي بعد أن أدى الدين وهو في حال صحته فعدم مداخلة سائر الغرماء مسألة متفق عليها.

وأما في الحوالة المطلقة فليس للمحال عليه أن يؤدي الدين من مال المحيل الذي بيد المحال عليه أو بذمته ويأخذ المحيل هذا المال من المحال عليه. كما ذكر في شرح المادة الآنفة.

الفقرة (إذا توفي المحيل قبل الأداء. . .) الواردة في هذه المادة هي على مذهب الامام زفر فقط من الائمة الحنفية. واختير هذا المذهب في متن المجلة. ويقيس الامام المشار إليه هذا الخصوص على الرهن يعني على المادة (٧٢٩). ومذهب الإمام المشار إليه موافق للقياس. لأن حق المحال له تعلق بالمال الذي بذمة المحال عليه أو بيد في اثناء حياة المحيل حتى انه لعدم اقتدار المحيل على أخذه يكون كأنه خارج من ملكه. ولا تقضى ديونه به بعد وفاته أيضاً (الزيلعي). وكما هو محرر في المضبطة المندرجة في صدر المجلة.

وحيث ان العمل بموجب العول الذي أمر إمام المسلمين العمل بموجبه في المسائل المجتهد فيها واجب قد اصبح هذا القول اليوم معمولاً به.

وأما عند الامام الأعظم والصاحبين يكون المحال له مشاركاً لسائر غرماء المحيل في مال المحيل الذي بذمة المحال عليه أو بيده وبتعبير آخر يدخل مال المحيل المذكور في تقسيم الغرماء ويأخذ المحال له منه ما يصيب حصته فقط.

١ - إذا امسك المحال عليه العين في الحوالة المقيدة بالعين وادى المحال به من مال نفسه لا يكون متبرعاً. بناء عليه له أن يرجع على المحيل بحكم المادة (٦٩٨) (الهندية).

٢ - إذا لم يف الدين المحال به في الحوالة المقيدة بالدين فليس للمحال له أن يطلبه من المحال عليه (الذخيرة).

﴿المادة ٦٩٣﴾ إذا وقعت الحوالة مقيدة بأن تعطى من مطلوب البايع الناشيء عن ثمن المبيع بذمة المشتري فتكون هذه الحوالة صحيحة على الوجه

المحرر في المادة (٢٥٢) من المجلة. وإذا هلك المبيع في الحوالة المقيدة قبل التسليم وسقط الثمن أو رد المبيع بخيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب أو أقيل البيع لا تبطل الحوالة. ويرجع المحال عليه بعد الأداء على المحيل ويأخذ ما أعطاه من المحيل. ولكن إذا ظهر مستحق وضبط المبيع وتبين أن المحال عليه بريء من ذلك الدين تبطل الحوالة.

إذا أجريت الحوالة مقيدة بأن تعطى من مطلوب البايع الثابت بذمة المشتري من جهة ثمن المبيع تكون صحيحة بموجب المادة (٢٥٢) وإذا هلك المبيع في الحوالة المقيدة بهذه الصورة بالدين قبل التسليم إلى المشتري وسقط ثمن المبيع من المحال عليه - المشتري - نظراً لأن خسارته عائدة على البايع بناء على المادة (٢٩٣). أو رد المبيع بخيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب قبل القبض أو بعده - ولو كان الرد بخيار العيب مقارناً لحكم الحاكم - أو أقيل البيع لا تبطل الحوالة في هذه الصور الخمس أيضاً وان سقط الثمن من المحال عليه. لأنه بالنظر لثبوت الدين بذمة المشتري وقت الحوالة وانعقاد الحوالة صحيحة ولازمة لا يطرأ خلل على صحة الحوالة بعد ذلك بعروض أحوال كهذه توجب سقوط الدين من ذمة المشتري. لأن الحوالة صحيحة ولو لم يكن المحال عليه مديناً وبناء على هذا فالمحال عليه مجبور لاعطاء المحال به للمحال له (رد المحتار والأنقروي).

ويرجع المحال عليه بعد الأداء بالمحال به على المحيل بعني يأخذ ما اعطاه من المحيل. هذا ان كانت الحوالة بالأمر.

وسيأتي إيضاح هذه الفقرة في المادة (٦٩٨).

وأما إذا ظهر في الحوالة المقيدة «بأن تعطي من مطلوب البايع الذي بذمة المشتري من ثمن المبيع» مستحق للمبيع وضبط وثبت حينئذ أن المشتري بريء من ذلك الدين أي من ثمن البيع فتبطل الحوالة وليس للمحال له أن يؤاخذ المشتري ويعود الدين إلى المحيل (الهندية).

إذا ضبط الثمن بالاستحقاق بعد أن أعطى المحال عليه الثمن المذكور للمحال له وتحقق بطلان الحوالة على الوجه المذكور آنفاً فان شاء المشتري أخذ الثمن من المحيل وان شاء أخذه من المحال له (الواقعات وعلي أفندي ورد المحتار). لأنه متى أعطى المحال عليه المحال به للمحال له في الحوالة الفاسدة يكون مخيراً: فإن شاء استرده من المحال له وإن شاء رجع على المحيل (التنوير).

كذلك إذا ظهر «بعد أن اخذ المستأجر من داين المؤجر حوالة على نفسه قبل استعمال المأجور على أن تعطى من الأجرة» ان المأجور مال الغير وفسخت الإجارة لعدم إجازة صاحبه تبطل الحوالة (التنقيح).

والفرق بين هاتين الصورتين يعني بين صورة هلاك المبيع قبل التسليم وما عطف عليه وبين

صورة الاستحقاق هو هذا: ففي الصورة الأولى حيث أن الدين الذي تقيدت به الحوالة سقط بأمر عارض ولم تتبين براءة الأصيل من الدين وقت الحوالة. وأما في الصورة الثانية حيث أن براءة المحال عليه تبينت وقت الحوالة كانت الحوالة باطلة.

وفي الحوالة المطلقة لا تبطل الحوالة بالاستحقاق كهذا كما مر مفصلاً في شرح المادة (٦٩١) بل المحال عليه مجبور لتأدية المحال به.

صور البايع في هذه المادة محيلاً والمشتري محالاً عليه فقط لو كان المشتري محيلاً ومدين المشتري محالاً عليه والبايع محالاً له يعني لو أحال المشتري البايع بدينه الذي للبايع المذكور من ثمن المبيع على مدينه بالحوالة المفيدة ثم رد المبيع المذكور بخيار العيب وحكم الحاكم إلى البايع تبطل الحوالة فان كان البائع أجل المحال عليه بالمال فان الأجل ينقضي أيضاً إذا كان الرد بحكم فان كان الرد بغير حكم لا يبطل الأجل والمشتري بالخيار ان شاء اتبع البايع به حالاً وان شاء اجل المحال عليه إلى اجله بيد أنه ثمة فرق بين احالة البايع غريمه على المشتري وبين احالة المشتري البايع على غريمه حيث لا تبطل في الأولى بالفسخ وتبطل في الثانية ولعل وجهه أن في الأولى تبين أن لا دين عليه وهي تصح بدون دين على المحال عليه وفي الثانية ظهر أن المحيل ليس بمدين فبطلت (البحر).

﴿المادة ٦٩٤﴾ إذا ظهر مستحق في الحوالة المقيدة بأن تعطى من المبلغ الموجود للمحيل أمانة بيد المحال عليه وضبط ذلك المال تبطل الحوالة ويعود هذا الدين إلى المحيل.

وإذا أعطيت من المبلغ المغصوب تبطل الحوالة ويبرأ المحال عليه من الدين. لان المغصوب وصل لصاحبه وحصلت براءة الغاصب من الضمان بهذا (مجمع الأنهر).

وبتعبير آخر تصير تأدية الدين لازمة على المحيل (رد المحتار).

﴿المادة ٦٩٥﴾ في الحوالة المقيدة بأن تعطى من المبلغ الذي للمحيل بيد المحال عليه إذا هلك ذلك المبلغ تبطل الحوالة ان لم يكن مضموناً ويعود هذا الدين إلى المحيل وان كان مضموناً لا تبطل الحوالة بهلاك كهذا. مثلاً لو أحال أحدهم داينه على شخص على أن يعطى من دراهم الأمانة التي له عند الشخص المذكور وهلكت تلك الدراهم قبل الأخذ بلا تعدٍ تبطل الحوالة ويعود مطلوب الدين إلى المحيل. وأما إذا كانت تلك الدراهم مغصوبة أو كانت أمانة ولزمت تأديتها باستهلاك ذلك الشخص لا تبطل الحوالة.

وإذا هلك المبلغ أو المال في الحوالة المقيدة بأن تعطى من المبلغ أو المال المذكور الذي للمحيل بيد المحال عليه أو من مال غيره فان كان المبلغ أو المال المذكور غير مضمون على المحال عليه بأن كان وديعة أو عارية أو عيناً مأجورة انقضت مدة إجارتها تبطل الحوالة. لأنه بسبب أن المحال عليه التزم ذلك الدين بناء على أن يؤديه من ذلك المال فلما هلك المال المذكور أمانة لزم أيضاً بطلان الحوالة (مجمع الأنهر). ويثبت الهلاك على ذلك التقدير بادعاء الأمين أي الوديع مثلاً. ويمينه (الذخيرة) راجع المادة (١٧٧٤).

ويعود هذا الدين إلى المحيل. لأن حق المحال له هلك عند المحال عليه وان يكن التوى يتحقق بثلاثة وجوه ولا رابع لها كما ذكر في شرح المادة (٦٩٠) والمذكور هناك هو هلاك الدين في الحوالة المطلقة وليس في الحوالة المقيدة (رد المحتار).

وان كان ذلك المبلغ أو ذلك المال مضموناً على المحال عليه كما لو كان مغصوباً لا تبطل الحوالة بهلاك كهذا. لأن واضع اليد لا يخلص من الضمان بهلاك المضمون.. ويكون واضع اليد المحال عليه - ضامناً بدله يعني مثله ان كان من المثليات وقيمته ان كان من القيميات ويقوم بدل الضمان هذا مقام المال الهالك ولكن إذا ضبط المال المغصوب المذكور الاستحقاق تبطل الحوالة وفرق بين الاستحقاق والهلاك:

ففي الاستحقاق يكون المال كأن لم يكن وأما في الهلاك، فتتحول إلى الضمان ويقوم بدل الضمان مقام اصل المال.

مثلاً لو احال أحدهم دائنه على شخص بناء على أن يعطي من مبلغ الأمانة التي للمحيل في يده كالوديعة وهلك ذلك المبلغ في يد المحال عليه قبل أن يأخذه المحال له بلا تعد ولا تقصير تبطل الحوالة ولا يلزم على المحال عليه بشيء. راجع المادة (٧٦٨). ويعود مطلوب الداين على المحيل (رد المحتار).

ولكن إذا كان ذلك المبلغ مغصوباً أو أمانة يلزم اداؤها باستهلاك ذلك الشخص ولا تبطل الحوالة ويبقى المحال عليه مؤاخذاً بالمحال به (مجمع الأنهر. الهندية) لأنه فات إلى خلف وهو الضمان والخلف يقوم مقام الأصل وكأن المغصوب قائماً معنى فلا يبطل (مجمع الأنهر)

وإذا كان المبلغ المذكور مالاً مغصوباً فلا يقبل ادعاء المحال عليه ويمينه بأن ذلك المبلغ قد هلك.

﴿المادة ٦٩٦﴾ إذا أحال رجل على شخص بناء على أن يبيع مالاً معيناً له ويؤدي من ثمنه وقبل الشخص المذكور الحوالة بذلك الشرط تصح ويجبر المحال عليه على أن يبيع ذلك المال ويؤدي الدين من ثمنه.

توجد ثلاث صور في حوالة دين بشرط أن يباع مال ويوفي ثمنه.

الصورة الأولى : أن يحيل أحدهم دائنه على شخص بناء على أن يبيع المحال عليه مالاً معيناً من أموال المحيل يعني أنه إذا أجريت الحوالة مع ذكر هذا الشرط وقت عقد الحوالة وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط أي بشرط أن يبيع مالاً معيناً للمحيل ويؤدي المحال به من ثمنه ويرضى المحال له أيضاً، تصح الحوالة ويكون الشرط معتبراً. لأن للمحال عليه قدرة في هذه الصورة على بيع المال المذكور وإيفاء المحال به.

وحيث أن في هذا الخصوص نظير المادة (٧٦٠) يجبر المحال عليه على بيع ذلك المال وأداء الدين من ثمنه. فإذاً الإجبار للبيع وأداء الدين معاً وإلا لا يجبر على الأداء قبل البيع. كما أنه إذا اشترط المرتهن بيع الرهن صح وليس للراهن أن يرجع عنه (رد المحتار).

وإذا باع المحال عليه المال المذكور وأعطى ثمنه للمحال له فإن لم يف الدين تماماً لا يطلب باقيه من المحال عليه.

ويقول «عبد الحليم» انه في حالة اذن المحيل المحال عليه ببيع ماله له - أي للمحيل - أن يرجع عن اذنه قبل حصول البيع وأن ينهى المحال عليه عنه وأنه لا يجوز الإجبار على البيع. ولكنه يفهم من ظاهر قياس هذه المسألة على البيع كما ذكر في المجلة « رد المحتار» ان الرجوع غير جائز وان الإجبار على البيع جائز أيضاً.

وفي هذه الحالة يحتمل أن يكون بيان «عبد الحليم» بمعنى أنه للمحيل أن يرجع عن اذنه أيضاً فيما لو أذن ببيع ماله بعد أن تجري وتتم الحوالة بلا شرط. وتستفاد المسألة الآتية من هذه المادة: ويستفاد من تصوير صدور هذا الشرط أي شرط بيع مال المحيل من المحال انه إذا صدر من المحيل عليه في الحوالة التي تجري على وجه المادة (٦٨١) شرط بين المحال له والمحال عليه فقط تكون الحوالة فاسدة. ولو كان المال المذكور وديعة عند المحال عليه. لأنه لا قدرة للمحال عليه على إجراء ذلك راجع المادة (٩٦).

مثال لو قال رجل لآخر «خذ عليك حوالة ديني البالغ كذا قرشاً عند فلان على أن تبيع كذا من ماله وتؤدي من ثمنه» وقبل الآخر تكون الحوالة فاسدة.

الصورة الثانية : قبول الحوالة على أن يباع مال أجنبي ويؤدي الدين من ثمنه. يعني لا يصح أن يأخذ شخص دين آخر حوالة على نفسه بناء على أن يبيع مال أجنبي ويؤدي الدين من ثمنه (عبد الحليم والهندية). فعليه تعبير (مالاً له) الوارد في المجلة كان للإحتراز من هذه الصورة الثانية.

الصورة الثالثة : قبول شخص دين آخر حوالة على نفسه أن يبيع مالاً له ويفي الدين. يعني إذا قبل شخص دين آخر حوالة على نفسه بناء على أن يبيع مالاً له ويفي الدين من ثمنه تجوز الحوالة.

- ولكن في هذه الحال كما أن المحال عليه لا يجبر على المال المذكور فلا تجوز مطالبته بالمحال به قبل البيع لعدم وجود سبب الأداء. لا يجب الأداء قبل البيع (الدرر). بل أنه حينما يبيع المحال عليه ذلك المال يجبر على تأدية المحال بـه لتحقق سبب وجوب الأداء. يتحقق وجـوب الأداء (الدرر). ولا يكون الحال عليه مسؤولاً عن الباقي في حالة بيعه المال بثمن مثله وتأديته الدين وعدم وفائه للمحال به. لأنه التزم الأداء من الثمن وقد أدى الثمن بكما له (الهندية في الباب الثاني). لأن المحال عليه التزم أداء الدين من ذلك الثمن وأدى الثمن كاملاً حسب التزامه وتعبير (مالاً له) الوارد في المجلة ليس للإحتراز من هذا.

خلاصة الكلام أن في هذا أربع مسائل:

مسألة ١ : أن يذكر في الحوالة الجارية بين المحيل والمحال عليه شرط بيع المحال عليه مالاً معيناً للمحيل وتأدية الدين من ثمنه وأن يقبل المحيل والمحال له الحوالة بهذا الشرط. والمذكور في هذه المادة من المجلة هو هذه الصورة.

مسألة ٢ : أن يشرط في الحوالة الجارية بين المحال له والمحال عليه بيع المحال عليه مال المحيل وأداء الدين من ثمنه وأن لا يقبل المحيل الحوالة مع دخوله بها.

مسألة ٣ : عقد الحوالة على أن يبيع المحال عليه مال أجنبي ويؤدى من ثمنه.

مسألة ٤ : عقد الحوالة بناء على أن يبيع المحال عليه مال ذاته ويؤدي من ثمنه.

فالصورتان الثانية والثالثة غير صحيحتين والأولى والرابعة صحيحتان وقد فصلت أحكامهما آنفاً.

﴿المادة ٦٩٧﴾ في الحوالة المبهمة أي في الحوالة التي لم يذكر فيها تعجيل المحال به وتأجيله إن كان الدين معجلاً على المحيل فالحوالة معجلة أيضاً ويلزم المحال عليه أداؤها حالاً وإن كان الدين مؤجلاً فالحوالة تكون أيضاً مؤجلة ويلزم أداؤها عند حلول وعدتها.

إن المحال به في هذه الحوالة يتقيد بالصفة التي له بذمة المحيل. وبتعبير آخر إن كان الدين معجلاً على المحيل كانت الحوالة معجلة أيضاً ولزم على المحال عليه تأديتها في الحال وإن كان الدين مؤجلاً على المحيل لمدة معلومة كانت الحوالة مؤجلة أيضاً بتلك المدة ولزم على المحال عليه أداؤها عند حلول أجلها لأن الحوالة كانت لأجل نقل الدين وتحويله والدين يتحول بالصفة التي له عند الأصيل (رد المحتار) وكما أن الحكم في الكفالة كان على هذا المنوال أيضاً. راجع المادة (٦٥٢). وعلى هذا التقدير لا يبطل الأجل بوفاة المحيل قبل تمام الوعدة وأما بوفاة المحال عليه يبطل الأجل ويصير الدين عليه حالاً. وسبب بطلان الأجل بوفاة المحال عليه هو أن الأجل إنما كان لمنفعة

المدين كي يتاجر ويربح ويعطي داينه فبوفاته لا يبقى إمكان للإتجار والربح.

وإنما إذا عاد الدين إلى المحيل بوفاة المحال عليه مفلساً كما ذكر في شرح المادة (٦٩٠) فيعد أجل المحيل باقياً كما كان (رد المحتار) ولو كان الدين من جهة أخرى كثمن المبيع وبدل الإجارة. لأن الأجل سقط حكماً للحوالة وقد انتقضت بالتوى فينتقض ما في ضمنها كما لو باع المدين بدين مؤجل فرساً من الطالب ثم استحق الفرس عاد الأجل (رد المحتار بتغير ما).

وحيث أن الحوالة المبهمة لم تعرف في مقدمة هذا الكتاب في متن المجلة حسب المعتاد ورد تعريفها هنا بعبارة (أي في الحوالة التي لم يذكر فيها تعجيل المحال به ...).

وأما في الحوالة غير المبهمة فيطالب المحال عليه بالنظر للوصف الذي قيدت به من التعجيل أو التأجيل (الهندية في الباب الثاني من الحوالة). كما أن الحكم في الكفالة أيضاً كان على هذه الصورة. راجع المادة (٦٥٣).

وبما أن هذه المسألة التي سردت شرحاً نظيرة للمادة (٦٥٣) فكان من المناسب أن تورد متناً عقب المادة (٦٩٧).

وليكن معلوماً كما أن حوالة الدين مؤجلة بالمدة التي كان الدين مؤجلاً بها كان صحيحة فحوالته بمدة أزيد أو أنقص صحيحة أيضاً (الهندية في المحل المزبور) والحكم في الكفالة أيضاً هكذا. أنظر المادة (٦٥٤).

وكما أن حوالة الدين المعجل جائزة فحوالته مؤجلاً جائزة أيضاً. مثلاً لو أحال شخص دينه الناشئ من جهة القرض على آخر مؤجلاً لمدة سنة واحدة يصح ويكون الأجل بحق المحال عليه معتبراً. ولكن على هذا التقدير إذا عاد الدين إلى المحيل لسبب وفاة المحال عليه مفلساً بناء على التفصيلات الواردة في شرح المادة (٦٩) يعود بصفته الأولى (معجلاً). إنما إحالة الأب والوصي دين الصبي المعجل مؤجلاً غير صحيحة أنظر المادة «٥٨». ولكن إذا كان ذلك الدين ناشئاً عن عقد الأب والوصي فإحالته مؤجلاً تجوز عند الشيخين. راجع شرح المادة «٦٨٥».

وإن كان العلم بالأجل في الحوالة لازماً كما هي في الكفالة فجهالته جهالة يسيرة جائزة أيضاً «رد المحتار» راجع شرح المادة «٦٢٥».

تأجيل عقد الحوالة - يستفاد من التفصيلات الآنفة أن تأجيل عقد الحوالة غير جائز بل الصحيح كما ذكر سابقاً هو تأجيل المحال به في عقد الحوالة. ولو كان المحال به قرضاً «التنوير والدر المختار».

﴿المادة ٦٩٨﴾ ليس للمحال عليه أن يرجع على المحيل قبل أداء الدين. وإذا رجع عليه فإنما يرجع بالمحال به يعني أنه يأخذ من المحيل الجنس الذي

أجل عليه من الدراهم وليس له أن يرجع بالمؤدى. مثلاً لو أحيل عليه دراهم فضة وأعطى ذهباً يأخذ فضة وليس له أن يطالب بالذهب. وكذلك إذا أدى أموالاً وأشياء اخر يأخذ الدراهم التي أحيلت.

لا يحق للمحال عليه الرجوع على المحيل قبل أداء الدين إلى المحال له حتى لو أن شخصاً بعد أن قبل من آخر على نفسه حوالة مؤجلة بمدة أحالها على شخص آخر مؤجلة بمدة أزيد أو أنقص فليس للشخص المحال عليه أن يرجع على المحيل قبل أن يقبض المحال به من الشخص الآخر المذكور.

ولكن ذكر في شرح المادة (٦٩١) أنه إذا ضويق من قبل المحال له يضايق هو أيضاً المحيل. وإذا احتال رجل بالمال إلى أجل ثم المحتال عليه أحاله على آخر إلى أجل مثل ذلك أو أقل أو أكثر لم يكن له أن يرجع على الأصيل حتى يقبضه الطالب «الهندية في الباب الثاني».

وإذا كانت الحوالة بأمر المحيل ورضاه كان للمحال عليه أن يرجع على المحيل بعد أن يؤدي المحال به إلى المحال له. وسبب الرجوع هو: أنه أدى دين المحيل بأمره راجع المادة «٦٥٧» وشرحها.

مثلاً لو أحيل من قبل المحيل على المحال عليه دراهم فضية. أعطى المحال عليه إلى المحال له بطريقة بيع الصرف ذهباً يأخذ من المحيل فضة وليس له أن يطالبه بالذهب. وبالعكس إذا أحيل دراهم ذهبية وأعطى المحال عليه فضة يأخذ من المحيل ذهباً وليس له أن يطالب بالفضة.

وكذلك لو أحيل مسكوكة خالصة وأعطى المحال عليه مغشوشة يأخذ من المحيل خالصة.

وكذلك لو أدى المحال عليه المحال به صلحاً من المحال به بإعطائه أموالاً وأشياء أخر وأراد الرجوع على المحيل بعد ذلك فيأخذ الدراهم التي أحيلت وإلَّا لا يأخذ قيمة الأموال والأشياء التي أعطيت بصفة بدل الصلح. سواء أكانت تلك القيمة أزيد من المحال به أم أنقص. وعلى تقدير مصالحة المحال له مع المحال عليه على مقدار من الدين وأراد المحال عليه أن يرجع على المحيل فيرجع ببدل الصلح الذي أعطاه وليس بمجموع الدين.

وقد ذكر في المادة (٦٥٧) وشرحها أن الحكم في الكفالة أيضاً على هذا الوجه.

وسبب عدم اعتبار المؤدي هو: أنه حينما يعطى المحال عليه إلى المحال له دراهم أو أموالاً من غير جنس فقبول المحال له ذلك يكون إنما هو عقد معارضة مخصوصة بين المحال عليه والمحال له ولا يكون لهذا العقد حكم أو تأثير بحق المحيل الذي هو شخص ثالث ويكون نفعه وضرره عائدين على العاقدين.

جاء في الشرح (بأمر المحيل ورضاه) لأنه إذا لم تكن الحوالة بأمر المحيل ورضاه يكون المحال

عليه متبرعاً بتأدية الدين وليس له الرجوع على المحيل. وكذلك لو كان للمحيل مطلوب عند المحال عليه فليس للمحال عليه أن يتقاص ما أعطاه إلى المحال له بدينه الذي للمحيل. حتى أنه بعد أن تجري الحوالة المطلقة بدون أمر المحيل لو توفي المحال له وصار المحيل وارثاً له يأخذ المحال به من المحال عليه حسب الوراثة.

ولكن إذا أجريت الحوالة بأمر المحيل فليس للمحيل أن يأخذ المحال به من المحال عليه بعد أن يكون أدى المحال عليه الدين على هذا التقدير. لأنه إذا أخذ المحيل المحال به من المحال عليه فحيث أنه سيرجع على المحيل بناء على أمر المحيل فلا يكون فائدة من ذلك (الذخيرة). كما أن الحكم في الكفالة هو على هذا المنوال أيضاً (راجع شرح المادة ٦٥٧).

الرجوع في الهبة والتصدق والوراثة - يستفاد من المادة الآنفة أن المحال عليه عندما يؤدي الدين إلى المحال له يرجع على المحيل. لكن تعبير «تأدية» هنا ليس قيداً إحترازياً. لأن الهبة والتصدق حكماً كالتأدية. وبتعبير آخر إذا وهب المحال له المحال به إلى المحال عليه أو تصدق به عليه وقبل هذا الأخير أيضاً يرجع المحال عليه على المحيل. وإن كان المحال عليه مديناً للمحيل بعين الجنس يتقاصان بالدين حتى أنه ليس للمحيل أن يأخذ مطلوبه من المحال عليه في الحوالة المقيدة بالدين «الدرر ورد المحتار» ومثله في (الذخيرة في الكفالة).

كما لو قال المحال له للمحال عليه (تركت لك المحال به) يرجع المحال عليه على المحيل. ويستفيد المحال عليه فقط من هذا الترك.

الوراثة للمحال له كالهبة.

إذا توفي المحال له وبرئ المحال عليه لكونه وارثاً بحكم المادة (٧٠٠) يرجع على المحيل وإن كان دينه للمحيل من عين الجنس يتقاصان (البحر والهندية والذخيرة).

لا رجوع في الإبراء- وأما إذا أبرأ المحال له المحال عليه وقبل المحال عليه فليس للمحال عليه أن يرجع على المحيل. وإذا كانت الحوالة مقيدة بالدين مثلاً يأخذ المحيل الدين الذي له بذمة المحال عليه ولو كانت الحوالة بأمره. كما أن الحكم في الكفالة أيضاً كان على هذا المنوال. (راجع شرح المادة ٦٥٧) (رد المحتار والأنقروي).

الخلاصة في هذا! أمور خمسة:

الأول: التأدية، الثاني: الهبة، الثالث: التصدق، الرابع: الوراثة، والخامس: الإبراء، وذكرت هذه الأحكام كلها وفصلت آنفاً.

إذا أدى أجنبي المحال به فحق الرجوع موجود أيضاً- ذكر في المجلة أنه إذا أدى المحال عليه الدين فله حق الرجوع على المحيل. وإذا لم يؤد المحال عليه الدين بل أداه فضولي من قبل المحال عليه تبرعاً فللمحال عليه أن يرجْع أيضاً على المحيل. وبتعبير آخر إذا أدى فضولي المحال به من قبل المحال عليه تبرعاً فللمحال عليه أن يرجع على المحيل. وأما إذا أداه تبرعاً من طرف المحيل

فليس له أن يرجع بناء عليه إذا أحال شخص داينه على شخص آخر ليس مديناً له بموجب (٦٧٦) ثم أدى فضولي من طرف المحال عليه المحال به إلى المحال له يرجع المحال عليه على المحيل.

وبالعكس إذا أحال شخص داينه على شخص آخر مدين له بألف قرش حوالة مقيدة وبعد ذلك أدى فضولي من طرف المحيل المحال به يأخذ المحيل مطلوبه من المحال عليه على حدة. إذ الفضولي المرقوم متبرع وليس له أن يرجع على المحيل بالمبلغ الذي أداه.

ولكن إذا لم يبين الفضولي عند التأدية الجهة التي تبرع على حسابها وحصل اختلاف بين المحيل والمحال عليه من هذا الوجه بأن ادعى المحيل أن التبرع كان لحسابه وادعى المحال عليه العكس أي أن التبرع كان من طرفه ففي هذه الحالة يراجع الفضولي. ويعتبر قوله فصلاً عن الجهة التي دفع عنها وإذا توفي الفضولي أو غاب قبل البيان ولم تمكن مراجعته يعد متبرعاً من جهة المحال عليه. ما لم يثبت خلافه بإقرار حصل سابقاً من المتوفي والغائب (الهندية والبزازية والبحر).

وإذا أراد المحال عليه بعد أن يؤدي المحال به الرجوع على المحيل فادعى المحيل أن المحال به مال رشوة أو مال قمار وإن الحوالة باطلة لا تسمع دعواه ولا شهوده. بل يقال له اد المحال به إلى المحال عليه ثم ترافع مع المحال له بهذا الخصوص. فإذا ترافع المحيل مع المحال له وأثبت بمواجهته أن المحال به مال قمار مثلاً يقبل منه. وعلى هذا التقدير إذا كان المحال عليه أعطى المحال به فله الخيار إن شاء رجع على المحيل وإن شاء على المحال له (البزازية والأنقروي والهندية)

كما أنه بعد أن أخذ المحال له المحال به من المحال عليه قال المحيل للمحال له (لم يكن لك دين عندي إنما وكلتك بقبض الدين بناء عليه رد لي المحال به الذي قبضته) وقدم دعوى بذلك وادعى المحال له أن له بذمة المحيل ديناً فالقول مع اليمين قول المحيل. إذ إقرار المحيل بالحوالة أو مباشرته الحوالة لا يعد إقراراً منه بالدين للمحال له. والمحال له مجبور على رد ما قبضه إلى المحيل. لأن الحوالة تستعمل أحياناً في الوكالة(الهندية والدرر ورد المحتار) راجع شرح المادة(٦٩٢). قال في البحر لأن المحال له يدعي عليه الدين وهو ينكره. ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة مجازاً لما في التوكيل من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل فيكون القول له مع يمينه فإن قيل قلتم ان المحيل لا يملك إبطال الحوالة فلو لم يجعل المحال مستحقاً لملك المحيل إبطالها لأنه يملك فسخ التوكيل بالقبض، قلنا الحوالة قد صمت وهي محتملة أن تكون بمال هو دين على المحيل ويحتمل أن يكون أقامه مقام نفسه فلا يجوز إبطال الحوالة بالاحتمال كذا في السراج الوهاج وفي المحيط إلا أن يكون المحيل قال للمحال عليه اضمن عني هذا المال لأن قول اضمن عني لا يحتمل الوكالة لأنه أمره بالضمان عنه وإنما يصير ضامناً عنه إذا كان على المحيل دين فكان إقراراً هنا بالمال عليه. انتهى.

إذا أراد المحال عليه بعد تأدية الدين أن يرجع على المحيل بناء على المادة(٦٩٨) فقال المحيل كان لي عندك مطلوب كذا قرشاً وأنكر المحال عليه الدين فالقول قول المحال عليه. راجع المادة(٨)(الدرر والهندية ورد المحتار وعزمي زاده) وبما أن الحوالة على موجب المادة(٦٨٦) جائزة

أيضاً وحيث أن إقرار المحال عليه بالحوالة أو قبوله إياها لا يعد إقراراً منه بأنه مدين للمحيل فيرجع المحال عليه .

﴿المادة ٦٩٩﴾ كما ان المحال عليه يبرأ من الدين بأداء المحال به أو إذا أخذه أحد حوالة على نفسه أو بإبراء المحال له المحال عليه وإذا وهب المحال له المحال به أو تصدق به وقبل المحال عليه يصير بريئاً من الدين أيضاً.

وإذا أدى المحال عليه المحال به إلى المحال له أو أحال شخص آخر غير المحال عليه المحال له بالدين على نفسه- ولو كان هذا الغير المحيل- أو أبرأ المحال له المحال عليه من المحال به فكما أن المحال عليه يصير بريئاً من الدين في هذه الصور الثلاث فإنه يبرأ من الدين أيضاً فيما إذا وهب المحال له المحال به أو تصدق به عليه وقبله (رد المحتار) وأما إذا لم يقبل المحال عليه الهبة والتصديق وردهما فيكونان مردودين.

وإذا لم يقبل الهبة والتصدق المحال عليه ولم يردهما بل سكت فهل تكون الهبة والصدقة صحيحتين ويبرأ المحال عليه من الدين؟ الظاهر أنه يبرأ. كما أنه في المادة(٨٤٧) إذا وهب الداين مطلوبه إلى المدين ولم يردها صحت الهبة وسقط الدين حالاً. وسبب فصل الإبراء عن الهبة والتصدق بعبارة (كما أنه) يفهم من شرح (وان رد المحال عليه هذا الإبراء) وبتعبير آخر إذا أبرأ المحال له المحال عليه يصير المحال عليه بريئاً وان سكت المحال عليه أو قبل الإبراء أو رده. يعني أن الإبراء لا يكون مردوداً برد المحال عليه. لأن الحوالة بحسب المعنى كما ذكر في شرح المادة(٦٧٣) عبارة عن التأجيل والإبراء والإسقاط المذكور هو إسقاط للمطالبة وهو إسقاط محض وغير متضمن التمليك وبناء عليه الرد الذي هو إسقاط محض غير ممكن.

وعلى هذه التقديرات حيث أن المسائل العائدة لرجوع المحال عليه على المحيل فصلت في شروح المواد السابقة فلتراجع.

ثم إذا أحال المدين داينه على شخص بدينه وبعد ذلك أحاله بالدين المذكور على شخص آخر فالحوالة الثانية صحيحة وتنفسخ الحوالة الأولى ويبرأ المحال عليه الأول من الدين(رد المحتار والأنقروي)

﴿المادة ٧٠٠﴾ إذا توفي المحال له وكان المحال عليه وارثاً له فقط فلا يبقى حكم للحوالة.

إذا توفي المحال له وكان المحال عليه وارثه فقط فلا يبقى حكم للحوالة. ولا يطالب المحال عليه بشيء من طرف أحد ويصير المحال عليه بريئاً من الدين. لأنه لم يبق من يطالب المحال عليه بالمحال به. وطلب الإنسان نفسه لا معنى له. كما أن الكفيل صار بريئاً لما توفي الداين وكان هو وارثاً له فقط (أنظر المادة ٦٦٧).

وعلى هذا التقدير ذكر في شرح المادة (٦٩٨) ان للمحال عليه أن يرجع على المحيل. والذي ذكره في شرح المادة السابقة (وارث فقط) لأنه حينما يكون للمحال له وارث غير المحال عليه يكون المحال عليه بريئاً من الدين بمقدار حصته الإرثية ويطالب بحصص الورثة الباقية والحكم في الكفالة أيضاً كان على هذا المنوال. راجع المادة (٦٦٧).

مثلاً لو كان ورثة المحال له ابنه (المحال عليه) وولداً آخر. يبرأ المحال عليه من نصف المحال به. ويجب على المحال عليه أن يعطى النصف الثاني إلى الوارث الثاني وهو أخوه الآخر.

ويستفاد من الإيضاحات المسرودة على هذه المادة والمادة السابقة أن المحال عليه يبرأ في سبع صور. ١ ـ الأداء ـ ٢ ـ الحوالة على الغير ـ ٣ ـ الإبراء ـ ٤ ـ الهبة ـ ٥ ـ التصدق ـ ٦ ـ إحالة المحيل المحال له على غير المحال عليه ـ ٧ ـ وفاة المحال له وانحصار إرثه في المحال عليه.

تاريخ الإرادة السنية: ٢٥ صفر سنة ٢٨٨

بعونه تم شرح الحوالة ويليه شرح الرهن

الكتاب الخامس

الرهن

شرح كتاب الرهن

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله واجب الوجود بالايقان ذي اللطف والجود والكرم والاحسان راهن النفس بما كسبت يوم الحشر والميزان والصلاة والسلام على نبينا المصطفى من أشرف الأنساب من نسل عدنان الشفيع المشفع لأهل العصيان وعلى آله وأصحابه الحابسين أنفسهم لنصرة الحق وأهل الإيمان.

الكتاب الخامس في الرهن

ويشتمل على مقدمة وأربعة أبواب

المقدمة

مشروعية الرهن ثابتة بالكتاب والسنة واجماع الأمة والقياس.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾ وهو أمر وارد بصيغة الإخبار ومعناه مع الآية الكريمة التي قبله كما فسرها المفسرون أي وان كنتم مسافرين ولم تجدوا كاتباً فارتهنوا رهناً مقبوضة وثيقة بأموالكم.

والسنة الشريفة هي عبارة عن فعل الرسول وتقريره أما فعل الرسول فقد اشترى من اليهودي المسمى أبو الشحم وسق شعير ورهن في مقابل ثمنه عند الرجل المذكور درعه الذي كان يتقلده وقت الجهاد وقد توفي الرسول الأكرم ودرعه مرهونة لأنه لم يكن عنده ما يفكها به وقد استخلص ذلك الدرع بعد وفاة النبي (صلعم) أبو بكر الصديق رضي الله عنه باعطاء مقابل الرهن للمرتهن وهذه السنة الشريفة تدل على شدة تواضع الرسول الكريم وعلى اعراضه عن الدنيا لأن الدنيا لم تكن مقصودة عند النبي بل كان جل مقصده ارضاء الباري عز وجل.

وقد اختار النبي صلى الله عليه وسلم معاملة ذلك الرجل اليهودي ولم يتعامل مع الصحابة الكرام الذين يضحون ارواحهم وأموالهم في سبيله وقد قصد النبي (صلعم) بذلك عدم ازعاج

الصحابة لأنه يعلم أنهم لا يستوفون ما يأخذه الرسول منهم (شرح الشمايل لعلي القاري رواه مسلم والبخاري) (الزيلعي الكفاية شرح الهداية) وقد استخرج مشايخ الاسلام رحمهم الله من هذه السنة الشريفة بضعة أحكام.

أولاً: رهن كل مال متقوم جائز سواء كان ذلك المال معداً للطاعة أو لم يكن لأن الدرع الذي رهنه النبي كان معداً للجهاد فلذلك يدل الحديث الشريف على جواز رهن المصحف ولا يقال بقول بعض المتعسفين الذين يقولون بعدم جواز رهن الأشياء المعدة للطاعة.

ثانياً: يجوز الرهن في حال السفر كما يجوز أيضاً في حال الحضر لأن النبي الكريم قد رهن الرهن المذكور حال اقامته في المدينة المنورة وان يكن قد ورد في الآية الكريمة عبارة ﴿**وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة**﴾ إلاّ أنه لم يكن المقصود بذلك بيان جواز الرهن بشرط أن يكون الراهن والمرتهن في حال السفر فقط بل المقصد ذكر ما اعتاده الناس في معاملاتهم في ذاك الوقت حيث كان الناس يميلون في الغالب إلى توفيق الدين بالرهن حينما يتعذر تأمينه بالسند والشهود وقد كان يحصل ذلك بالأكثر في حال السفر.

ثالثاً: يكون المرتهن أحق بالمرهون من الراهن سواء في حياة الراهن أم بعد وفاته لأن درع النبي صلى الله عليه وسلم بقي مرهوناً بعد وفاته (الكفاية شرح الهداية) وقد صرح بالاحقية في المادة (٧٢٩).

رابعاً: لا بأس في البيع والشراء نسيئة لأن شراء النبي كان بالثمن المؤجل.

خامساً: لا بأس من الاستدانة لأن الشراء نسيئة استدانة ومع ذلك اللائق بالإنسان الاسراع بايفاء دينه حتى لا يدركه الموت فيموت مديناً.

وتقرير الرسول هو أنه صلى الله عليه وسلم بعث إلى الناس . هم يتعاملون بالرهن وقد أقرهم على ذلك أي بعد أن بعث بالرسالة لم يمنع الناس من الرهن والارتهان.

واجماع الأمة: قد حصل اجماع الأمة على مشروعية الرهن.

والقياس: مشروعية الرهن ثابتة بالدليل العقلي أي بالقياس لأن الدين له طرفان طرف وجوب وطرف استيفاء حيث يثبت الدين أولاً في الذمة فيحصل بذلك طرف الوجوب وثانياً يستوفى ذلك المال وبذلك يتحقق طرف الاستيفاء (العناية).

فكما انه يتوثق الطرف المختص بالذمة بالكفالة يجوز أيضاً أن يتوثق طرف المال بالرهن حتى أن جواز ذلك هو أولى لأن المقصود هو الاستيفاء ووجوب الاستيفاء لم يكن إلاّ وسيلة (الهداية وشروحها) وفي الرهن فائدة للدائن والمدين معاً وهو كما بينا في اوائل شرح الكفالة أن في الكفالة نفعاً للدائن والمدين معاً كذلك يوجد في الرهن نفع للدائن والمديون حيث أن المستدين في كثير من الأوقات لا يجد من يداينه بلا رهن فيتضرر من عدم التمكن من الاستدانة كما أن الدائن يكون

أميناً بالرهن من الخوف من تلف حقه كاملاً أو قسماً بأن ينكر المديون دينه أو أن لا يترك من أمواله شيئاً يمكن استيفاء الدين منها أو أن يسرف المديون في أمواله أو أن يأخذ الدائنون الآخرون حصتهم في أموال المديون ويضيع حق الدائن كاملاً أو قسماً ولذلك كان في الرهن فائدة ونفع للدائن والمديون معاً وإذا جرى مقايسة بين هاتين المنفعتين يرى أن المنفعة التي تعود على الراهن أعظم وأكبر فلذلك تعود المصارف الوارد ذكرها في المادة (٧٢٤) على الراهن (لسان الحكام).

كذلك إذ ظهر مستحق للمرهون بعد تلفه في يد المرتهن وتضمينه للمرتهن كما هو مبين في شرح المادة الآتية فللمرتهن أن يرجع على الراهن حسبما جاء في شرح المادة (٦٥٨).

الوثيقة أربعة: الرهن والكفالة والحوالة والمبيع في يد البائع. ولكنه يوجد فرق بينها إذ أن الرهن عقد وثيقة بمال أما الكفالة والحوالة فهما عقدا وثيقة بذمة وأما المبيع في يد البائع وان كان وثيقة إلاّ أنه ليس بعقد ويطلق على الشيء الذي يوثق ويؤكد به شيء وثيقة (الشبلي) الرهن في اللغة حبس ووقف شيء لسبب من الأسباب سواء كان السبب ديناً أو أي سبب آخر وسواء كان الشيء مالاً أو غير مال قال الله تعالى: ﴿**كل نفس بما كسبت رهينة**﴾ أي محبوسة بما نالت وكسبت من المعاصي (شرح الهداية) فعليه يكون نقل واستعمال الرهن في معنى المادة الآتية من قبيل نقل العام إلى الخاص.

الكتاب الخامس في الرهن

وهو يحتوي على مقدمة وأربعة أبواب

المقدمة

﴿المادة ٧٠١﴾ الرهن جعل مال محبوس وموقوف مقابل حق ممكن الاستيفاء من ذلك المحال وكما يقال له مرهون يقال له أيضاً رهن.

الرهن لغة جعل شيء محبوساً وموقوفاً لسبب ما سواء أكان السبب ديناً أو خلافه وسواء أكان ذلك الشيء مالاً أو غيره فبناء على هذا يكون نقل واستعمال الرهن للمعنى الوارد في هذه المادة من قبيل نقل العام إلى الخاص كما ورد في كتاب الهداية.

وفي اصطلاح الفقهاء الرهن جعل مال محبوس وموقوف على وجه التبرع بيد العدل أو المرتهن لقاء حق معلوم وعلى رواية مجهول يمكن استيفاؤه من ذلك المال وبتعبير آخر ترك الراهن مالاً محبوساً وموقوفاً بيد المرتهن أو العدل ويعبر عن المال المذكور بالمرهون وبالرهن. من قبيل تسمية المفعول بالمصدر (مجمع الأنهر والهداية).

والسبب في قوله جعل مال محبوساً وموقوفاً بدلاً من حبس وتوقيف مال الخ. هو لأن الحبس والتوقيف من المرتهن وليس من الراهن وأما جعل المال محبوساً وموقوفاً فهو من الراهن (رد المحتار) وحيث أن جعل المال محبوساً وموقوفاً هو نقل اختياري عائد إلى الراهن فيمكن القول انه لم ير لزوماً لتصريح قيد على وجه التبرع في تعريف الرهن وعطف موقوف على محبوس عطف تفسيري والاستيفاء كما يستفاد من ذكره في التعريف بصورة مطلقة شامل للكل والبعض فمتى كانت قيمة الرهن مساوية للدين أو زائدة عنه يكون الاستيفاء كلياً وإذا نقصت عنه يكون جزئياً راجع المواد (٣٩٩ و٤٠٠ و٤٠١).

فبناء على هذا عندما يكون مقدار الدين زائداً عن الرهن واستيفاؤه غير قابل منه لايصح الاعتراض لأن تعريف الرهن الوارد في المادة غير شامل للوجه المذكور وغير جامع لافراده (الدر المختار ورد المحتار).

الاستيفاء على وجهين:

الوجه الأول - الاستيفاء الحقيقي وهو على ما ذكر في المادتين (٧٦٠ و٧٦١) كما أنه يكون

ببيع الرهن بالوكالة واجراء حسابه بالدين يكون أيضاً ببيعه بدون وكالة وحسابه بالدين كما ورد في المادتين (٧٥٧ و٧٥٨).

الوجه الثاني ـ الاستيفاء الحكمي وهذا يحصل بهلاك الرهن بيد المرتهن أو العدل كما سيوضح في لاحقة شرح المادة (٧٤١) وكما أن الرهن مقابل حق معلوم كما لو رهن شخص مالاً معلوماً عند آخر لقاء الف قرش ديناً له عليه فيجوز أيضاً على رواية مقابل حق مجهول وسيرد بيان ذلك في شرح المادة (٧١٠).

وكلمة الرهن الواردة في قوله (ويقال له أيضاً رهن) هي بمعنى المرهون لا الرهن الواقعة في صدر المادة فيستنتج مما تقدم أن خلاصة تعريف الرهن هي جعل مال محبوساً وموقوفاً لقاء حق على أن يكون استيفاء ذلك الحق ممكناً من المال المذكور (هداية).

فكلمة الرهن المذكورة في المواد الآتي بيانها كما أنها مستعملة تارة بمعنى (مال استيفاؤه منه) تستعمل تارة بمعنى المرهون فعليه يجب تفسير معناها بحسب المقام والقرينة فالمواد ٧٠٢ و٧٠٣ و٧٠٤ و٧٠٥ واردة بالمعنى الثاني والمادتان ٧٠٦ و٧٠٧ مستعملتان في المعنى الأول.

وليكن معلوماً أن الايجاب والقبول كافيان لانعقاد الرهن فلا لزوم لقبض المرهون ولكن حيث أن القبض شرط لاتمام الرهن فبذكر قيد (محبوس وموقوف) يكون تعريف الرهن الوارد في المادة قد انصرف للرهن اللازم التام إذ قبل القبض لا يحصل حبس وتوقيف المرتهن أو العدل للمرهون ولذلك كان للراهن حق الرجوع عن الرهن قبل القبض ولو لم يرض المرتهن (رد المحتار) وقيد (محبوس وموقوف) جزء من ماهية الرهن المطلق فهو جزء من ماهية الرهن اللازم (رد المحتار).

وكلمة مال الواردة في المادة شاملة لأي مال كان مفرداً أو جمعاً فالمرهون يكون مثلاً خاتماً واحداً كما أنه تعبير (مال) يجوز ان يكون خاتمين أو ثلاث ساعات على ما هو مذكور في المادة (٧٣١) وتعبير (مال) هو للاحتراز من بني آدم ومثل الجيفة التي ليست بمال واشارة إلى عدم صحة رهن ما هو ليس بمال كما سنوضحه وأشير أيضاً بلفظ مال إلى عدم جواز رهن الوقف والأراضي الأميرية وان يكن فراغ المسقفات والمستغلات الموقوفة الجاري التصرف بها بالإجارتين والأراضي الأميرية وفاء مقابل الدين الذي هو بحكم الرهن باذن المتولي واذن صاحب الأرض فان هذه المعاملة تختلف عن الرهن بثلاثة وجوه.

الوجه الأول - اسماً لأنه لا يقال لهذه المعاملة رهناً بل يطلق عليها فراغاً بالوفاء.

الوجه الثاني - حكماً فكما هو مفصل في شرح المادة (٧٤١) عند تلف الرهن يسقط من الدين بمقدار قيمة المرهون وبتلف هذه يعني مثلاً لو احترق العقار المتصرف فيه بالاجارتين بيد المفروع له أو لو استولى السيل على الأراضي الأميرية ولم يعد الانتفاع ممكناً بها لا يسقط شيء من الدين.

الوجه الثالث - إذا رهنت المسقفات والمستغلات الوقفية الجاري التصرف بها بالإجارتين

كالاملاك الصرفة ولم تفرغ وفاء يسترد الراهن المرهون المرتهن بلا شيء وإذا تلفت قبل الطلب بيد المرتهن لا يسقط الدين لأن الرهن الباطل لا حكم له ولكن إذا رهن مال وسلم صح يعني لا يحتاج لبيع بالوفاء ولا يجوز بعدها للراهن استرداد الرهن قبل اداء الدين.

الكلمات التي تعتبر اسماء جنس في مثل هذه التعاريف هي من وجه مدخل ومن وجه آخر مخرج مثلاً نظراً لتعريف (مال) الوارد في المادة (١٢٦) بهذا الاعتبار مخرج يعنى أنه أخرج من التعريف الأشياء التي ليست معدودة من المال كالأراضي الأميرية والمستغلات الوقفية وأساساً اخراجها لازم وان تكن كلمة حق قد جاءت في المادة بعد تعبير جعل مال الخ. فهي مقدمة عليه من حيث المعنى فالمقصود من الحق الحق المالي كما هو مصرح في المادة (٧١٠) وسيوضح قريباً والدليل على ذلك وصفه باستيفاء الخ. يعني حق يمكن استيفاؤه من ذلك المال.

فمن هذه الجهة ان الرهن لا يصح مقابل حق القصاص فهو باطل وغير صحيح وأيضاً مقابل حق اليمين والكفالة بالنفس والشفعة لأن القصاص واليمين مثلاً ليسا من الحقوق المالية أي من الحقوق التي يمكن استيفاؤها من الرهن.

ومن هذه الجهة أيضاً إذا عقد شخص مقاولة مع خياط على أن يخيط بنفسه فكما أنه لا يجوز لذلك الشخص أن يأخذ من الخياط رهناً مقابل ذلك لا يجوز لمن استأجر دابة معينة كي يحملها شيئاً ان يأخذ رهناً من المؤجر مقابل الحمولة إذ لا يمكن استيفاء نقل الحمولة من هذا الرهن وبهذا الاعتبار أيضاً إذا نزل شخص في خان وقال له صاحبه إن لم تترك شيئاً لا أقبلك عندي وترك ذلك الشخص مالاً ينظر فإذا كان ما تركه الشخص هو مقابل إجار الخان فالرهن صحيح والشيء المتروك يكون مضموناً لقاء الإجار كما ورد في لاحقة شرح المادة(٧٤١).

وإذا كان ما تركه هو بمقام تأمينات مقابل سرقة فالرهن لا يكون صحيحاً لأنه ليس له مقابل من المال ولكن إذا تلف ذلك المال بيد صاحب الخان يضمنه ومع ذلك فالفقيه ابو الليث قال لا يلزم الضمان باعتبار أن المال لم يؤخذ من الرجل بالإكراه (بزازيه وخانية) فيتوجه هنا سوآل مؤداه أنه بالنظر للقول الأول ما سبب الضمان مع أنه لم يكن مال مقابل الرهن فهو باطل لا حكم له وهو بمثابة الأمانة ولذلك لا يترتب ضمان عليها والجواب هو أنه بعد أن أعطى الرجل المال إلى صاحب الخان طلبه منه فلم يعطه اياه وهلك بيده فيضمنه كما أنه إذا طلب المودع الوديعة من المستودع ولم يعطه هذا اياها وهلكت بيده يترتب عليه ضمانها أنظر المادة(٧٩٤).

والمراد من الحق الوارد ذكره في التعريف هو الدين وقد مر تعريف الدين في المادة ١٥٨ فلذلك لا يجوز الرهن مقابل الشيء الذي ليس هو بدين كالعين مثلاً فإذا اشترى شخص من آخر مالاً لقاء ذهبات معدودة ورهن مالاً لأجلها فيكون ذلك الرهن باطلاً لأن الذهبات كما ذكر في المادة(٢٤٣) لاتتعين بتعينها في عقد البيع ولأن ما يثبت بذمة المشتري هو بالفرض لا على التعيين خمس ليرات وحيث أن الرهن المذكور لم يضف إلى المبلغ الثابت بالذمة لا يصح ولا ينعقد وينقسم

الدين المذكور كما يأتي. القسم الأول الدين الحقيقي، كالقرض، ثمن المبيع، وبدل الإجارة، وبدل المتلف، وبدل المغصوب، ورأس مال السلم، والمسلم فيه، بدل الصرف.

الدين الحقيقي ثلاثة أنواع.

النوع الأول- الدين اللازم ظاهراً وباطناً ويعني الدين الواجب تأديته على المدين كثمن المبيع والقرض وبدل الإجارة ومن هذا القبيل الخراج والأرش فهما داخلان في الدين ويصح الرهن مقابلهما.

وكذلك إذا ادعى المستودع أو المضارب هلاك مال الوديعة أو المضاربة وادعى صاحب المال الاستهلاك وتصالحا وأعطى رهنا مقابل بدل الصلح يصح.

النوع الثاني- الدين اللازم ظاهراً وغير اللازم باطناً كما لو بعد أن أعطى شخص رهناً لآخر مقابل مبلغ معين تصادق الراهن والمرتهن على عدم وجود الدين رأساً. وكذلك لو ادعى شخص على آخر ألف قرش وأنكر هذا وبعد أن تصالحا على أربع ماية قرش رهن عنده مالاً بقيمة اربعماية قرش وتلف ذلك المال بيد المرتهن وتصادق الطرفان على عدم وجود الدين فالرهن صحيح ويجب على المرتهن ضمان قيمة الرهن (خانية).

وكذلك بعد أن يأخذ شخص رهناً مقابل المال الذي باعه لشخص آخر إذا ضبط المال المذكور من المشتري بالاستحقاق فبالنظر لأن الرهن المذكور صحيح فبتقدير هلاكه بيد المرتهن وجب عليه ضمانه يعني أن المرتهن يكون ضامناً لما هو أدنى قيمة من الرهن والمبيع بحيث أن الدين ثابت ظاهراً فيترتب عليه أحكام الرهن ولأن الأحكام الشرعية تبنى على الظاهر والأحوال سواء بالنسبة للحق سبحانه وتعالى لأنها مكشوفة له وليست مكشوفة لعباده (زيلعي هندية ورد المحتار).

وكذلك إذا باع شخص لآخر لحماً ظناً بأنه لحم حيوان مذبوح وبعد أن أخذ رهناً مقابل ثمنه ظهر أن ذلك اللحم جيفة فالرهن المذكور صحيح ولدى التلف يلزم ضمانه على الوجه المشروح مثلاً إذا باع شخص لآخر جيفة بماية قرش وأخذ مقابلها رهناً مالاً بتلك القيمة أو أكثر وتلف الرهن المذكور بيد المرتهن يضمن هذا للراهن ماية قرش وأما إذا كانت قيمة الرهن أقلّ من ماية قرش فيلزمه ضمان قيمة الرهن فقط وليس ما زاد عليها وإذا اشترى مسلم خلاً وبعد أن رهن مقابله مالاً ضاع الرهن بيد المرتهن وتبين أن ذلك الخل نبيذ يضمن المرتهن الرهن (خانية)

والخلاصة وجوب الدين ظاهراً كاف لصحة الرهن لأن الدين الواجب ظاهراً آكد وأقوى من الدين الموعود فالرهن مقابل الدين الموعود كجواز الرهن مقابل الدين الواجب ظاهراً. فبما أن الرهن مقابل النوع الثاني هذا من الدين أيضاً صحيح وهو مثل النوع الأول عند هلاكه بيد المرتهن يترتب ضمانه على ما سيرد في التفصيلات التي ستذكر في شرح المادة ٧٤١ إنما تجري في هذا الضمان التفصيلات الآتية: مثلاً إذا رهن شخص لآخر خاتماً بقيمة ألف قرش مقابل هذا المقدار من الدين وبعد ذلك تصادق الطرفان على أن الدين غير موجود رأساً ينظر فإذا كان التصادق حصل بعد

هلاك الرهن بيد المرتهن يرد هذا الدين للراهن الذي أعطى الرهن مقابلة ولو كانت قيمة الرهن أكثر من ألف قرش فلا يسأل المرتهن عن الزيادة (خانية) لأن الدين عند هلاك الرهن كان واجب الاداء ظاهراً ووجوب الدين بحسب الظاهر كاف لضمان الرهن.

وإذا كان التصادق المذكور حصل قبل هلاك الرهن بيد المرتهن وهلك الرهن بعد التصادق وقبل طلب الراهن ومنعه من المرتهن ففي هذا اختلف مشايخ المسلمين. فصاحب الهداية قال بتلفه مضموناً وغيره من المشايخ ذهب لتلفه امانة وتعليله أن الراهن والمرتهن بتصادقهما على عدم وجود الدين ينتفي هذا من الأصل وعند عدم وجود الدين لا يبقى ضمان للرهن وقال الاسبيجابي أن هذا الرأي هو الصائب (أبو السعود ورد المحتار قبيل باب الجنايات بزازية ومجمع الأنهر) حتى أنه ذكر في الخانية أنه أنكر الاختلاف بخصوص عدم ضمان الرهن في الصورة الثانية هذه وأما إذا طلب الراهن المرهون بعد التصادق وامتنع المرتهن عن رده مع اقتداره عليه وتلف بعدئذ فيضمن المرتهن قيمة زمن امتناعه عن الرد (أنظر المادة ٧٩٤).

النوع الثالث- الدين الذي لا يلزم حالاً وإنما سبب لزومه موجود وقت عقد الرهن كالرهن مقابل الأجرة مثلاً إذا آجر شخص بيته لآخر بألف قرش سنوياً وهلك الرهن الذي اعطاه المستأجر للمؤجر مقابل بدل الإيجار بيد المرتهن قبل أن يلزم البدل المذكور على المستأجر بوجه شرط التعجيل أو استيفاء المنفعة ينظر فإذا كان الرهن هلك بعد استيفاء المنفعة بيد المرتهن الذي هو الآجر كأنه استوفى بدل الإيجار بمقدار قيمة المرهون يعني بهذه الصورة يعمل بحسب إفادة لاحقة شرح المادة(٧٤١) وأما إذا كان هلاك الرهن حصل قبل استيفاء المنفعة فيبطل الرهن ويترتب على المرتهن رد قيمة الرهن ولكن هل يجب في هذه الحال رد قيمة الرهن كاملة أو بمقدار ما كان يلزم على الراهن من الأجرة فيما لو استوفى المنفعة فأجابت دار الفتوى العالية على هذا السؤال بأنه من الواجب رد كامل قيمة الرهن ولا يجوز الرهن مقابل دين لم يلزم بعد وسبب لزومه غير موجود أيضاً كالرهن مقابل الدرك كما لو أعطى رجل لآخر مالاً قائلاً له بع هذا المال فأعطيك أجرة وسماها وفقد الرهن الذي أعطاه إياه مقابل تلك الأجرة فعند الإمام محمد رحمة الله عليه لا يجب ضمان الرهن.

القسم الثاني- الدين حكماً كالمال المغصوب والأعيان المضمونة بنفسها المقبوضة بالبيع الفاسد وسوم الشراء بعد تسمية الثمن يعني أن العين التي لدى هلاكها عند من وضع اليد عليها يلزمه ضمان مثلها ان كانت من المثليات وقيمتها إن كانت من القيميات هي بحكم الدين فيجوز أخذ رهن مقابلها ويسوغ للمرتهن حبس وتوقيف الرهن لبينما يسترد العين (لسان الحكام ومجمع الأنهر).

وسبب كون الأعيان المذكورة ديناً هو لأن الموجب الأصلي فيها عند أكثر المشايخ القيمة أو البدل ورد العين(مخلص) أما البدل فهو دين وبناء عليه تجوز الكفالة مقابله وان يكن وجوب البدل فيها بعد الهلاك إنما المعتبر القيمة يوم القبض فبناء على هذا وبالنظر لوجود سبب وجوب الدين يكون رهناً والرهن صحيح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة (هداية).

وان المهر وبدل الصلح عن العمد إذا كانا من الأعيان فهما أيضاً من هذا القبيل وحكم إيضاح الرهن مقابل الأعيان المضمونة بنفسها في شرح المادة(٧٤١).

سؤال- إذا فرض المعنى المقصود من لفظ (الحق) الوارد في التعريف انه أعم من الدين والعين تدخل الأعيان المضمونة بنفسها في التعريف وتعبير كلمة الحق بلا تأويل فإذاً لا يجب القول بأن المراد من الحق هو الدين.

الجواب- بما أن العين ليست بدين فلا يمكن استيفاؤها من الرهن ألم ير أن متى رهنت ساعة مقابل خاتم مغصوب لا يمكن استيفاء الخاتم عيناً من الساعة (رد المحتار).

ولا يجوز أخذ رهن مقابل الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض أو الوديعة والعارية ومال الشركة ومال المضاربة والأعيان غير المضمونة كسائر الأمانات وهو باطل وإذا تلف رهن كهذا بيد المرتهن فلا يترتب عليه شيء (هندية) وسيصير تصريح ذلك وتفصيل سببه في شرح المادة(٧١٠).

مثلاً إذا طلب رجل من خياط ثوباً على أن يشتريه بعد اراءته لشخص آخر بطريق رسوم النظر ورهن عنده مالاً بناء على امتناعه عن اعطاء الثوب بدون رهن فأخذ الثوب وهلك الرهن بيد المرتهن والثوب موجود عند الراهن أو المرتهن فلا يلزم الضمان وحكم الكفالة أيضاً على هذه الصورة (راجع المادة٦٣١) والإيضاحات المذكورة في شرحها.

تعبير الحق الوارد في التعريف يدل على وجود ذلك الحق وقت الرهن ولهذا كان الرهن مقابل الدين المعدوم غير صحيح لأن حكم الرهن بثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يكون بعد الوجوب والثبوت (كفاية في أول الرهن).

مثال ذلك لو أن رجلاً تقدم لدائنه بعد أن أوفاه ما له عليه من الدين قائلاً له إني لا أعلم إذا كان بقي لك بذمتي شيء أم لا وعلى احتمال أنه بقي شيء خذ هذا المال رهناً مقابله فأخذه الدائن يصح الرهن مقابل بقية الدين وحيث أن الرهن غير صحيح إذا تبين أنه لم يبق من الدين شيء بذمة الراهن فلا يلزم الضمان عند تلف الرهن بيد المرتهن لأنه لم يأخذ الرهن على شيء مسمى (خانية).

وكذلك أيضاً أن الرهن مقابل دين سيلزم في المستقبل باطل وبتعبير آخر إذا كان الدين الذي سيلزم مستقبلاً غير موجود وقت عقد الرهن أي معدوم في ذلك الوقت فلا يجوز أخذ رهن من الآن مقابل ذلك الدين وسواء أكان الدين المذكور لازماً في المستقبل أم غير لازم كقول الراهن للمرتهن إني رهنت عندك هذا المال مقابل الدين الذي سيستحق لك بذمتي وإذا قال شخص لآخر بع فلاناً مالاً وليكن ثمنه لي ثم رهن عنده مالاً من قبيل اعطاء الكفيل للمكفول له رهناً لا يصح (خزانة وخانية).

وكذلك إذا كفل شخص آخر كي يسلمه لشخص غيره في يوم معين أو كفل ما عليه من الدين لذلك الشخص إن لم يسلمه وأعطى المكفول عنه للكفيل رهناً لأجل المكفول به لا يصح لأن

المكفول به لم يلزم على الكفيل بعد ولزومه عند عدم تسليم المكفول عنه نفسه (رد المحتار).

وقد مر في المادة(٦٣٦) أن الكفالة بدين كهذا هي من قبيل الكفالة المضافة وصحيحة ولكن لا يجوز القول بأن كل دين تصح الكفالة له يصح الرهن مقابله.

ومن هذه الجهة أيضاً أن الرهن مقابل الدرك باطل لأن الدرك ليس بحق ممكن استيفاؤه من مالية الرهن إذ حيث أن إعادة ثمن المبيع لم تلزم بعد على البائع ولا يمكن الاستيفاء قبل الوجوب (كفاية) وسواء اضبط المبيع مؤخراً بالإستحقاق أم لم يضبط (درر) مثلاً لو باع شخص لآخر مالاً وبعد أن سلمه إياه وخوفاً من أن يضبط المبيع بالاستحقاق أخذ مقابل ثمنه رهناً على احتمال أن يحدث شيء من ذلك فالرهن باطل والمال المرهون يكون أمانة محضة بيد المرتهن وإذا قبض الرهن قبل أن يلحق الحكم يفسخ البيع بالاستحقاق وإعادة الثمن للمشتري لا يحق للمرتهن أن يحبس الرهن ولو ضبط المبيع بعد ذلك بالاستحقاق لأن العقد الباطل لا وجود له (زيلعي) وبتعبير آخر وان تحقق الدرك بضبط المبيع بالاستحقاق بعد الرهن والتسليم لا ينقلب الرهن المذكور إلى الصحة ولا يمكن للمرتهن أن يحبس الرهن بعد لحوق الدرك أيضاً بل يجب إعادته إلى الرهن (شبلي) وإذا هلك الرهن المذكور بيد المرتهن لا يلزم المرتهن ضمانة لأن الظاهر أن الإنسان يبيع ماله فإعطاء الرهن مقابل الدرك يكون من قبيل الرهن مقابل الدين المعدوم ولكن بعد أن يؤخذ المبيع بالإستحقاق من يد المشتري يصح للبائع أن يعطي للمشتري مالاً آخر بصفة رهن لأنه بتلك الحالة يكون قد ثبت ثمن المبيع على البائع (كفاية).

والرهن مقابل دين غير لازم ظاهراً وباطناً معاً وغير لازم ظاهراً فقط غير صحيح وباطل كإعطاء رهن مقابل ثمن جيفة بيعت باعتبارها جيفة فإذا هلك هذا الرهن بيد المرتهن لا يلزمه ضمانة أنظر المادة (٧١٠) وشرحها.

ولكن الرهن مقابل الداين الموعود جائز مع انه بالنظر لكون الدين معدوماً وقت عقد الرهن كان من اللازم أن لا يكون جائزاً قياساً على الرهن مقابل الدرك إنما الفرق هو أن **الأظهر** أن الإنسان لا يخلف وعده وأن الوعد المذكور يؤدى ويحمل على الوجود غالباً والإعتبار للغالب التابع وليس للمغلوب النادر أنظر المبحث الثاني العائد لشرح المادة(٧١٠) وأما الدرك فهو بعكس ذلك لأنه لما تقدم آنفاً(الظاهر أن الإنسان يبيع مال نفسه).

فهذه العبارة هي الصفة المخصصة لفظ الحق يعني هو حق يمكن استيفاؤه من المال المذكور وهذه الصفة تستلزم تقييد الحق بالمالي فتخرج كما ذكر أيضاً الحقوق التي هي مثل حق القصاص ويتقيد المال أيضاً بهذه الصفة إذ يجب أن يكون مالاً يمكن استيفاء ذلك الحق منه يعني أن يكون إيفاء الحق المذكور بذلك المال ممكناً واحترز بالتقييد المذكور من المال الفاسد (رد المحتار).

واحترز أيضاً بتوصيفه بصفة (استيفائه) من الحق الذي هو من قبيل الأمانة فأخذ الرهن مقابل مال أمانة باطل لأنه كما صرح في المادة (٧٦٨) حيث أن الأمانة ليست مضمونة إذا هلكت

بلا تعد ولا تقصير فلا يمكن استيفاؤها من ذلك المال أنظر المادة (٧١٠) وان تكن الأمانة المذكورة مضمونة بأن استهلكت فالأمانة حينئذ تخرج من كونها أمانة وتعد مغصوبة وبتعبير آخر ولو أن الأمانة المذكورة استهلكت فلا يؤخذ بدل الأمانة المستهلكة من ذلك المال لأنه عند عقد الرهن لم يرهن المال المذكور مقابل الأمانة المستهلكة بل أنه رهن مقابل الأمانة الموجودة وغير المضمونة وقد مر ذلك آنفاً بالتفصيل. . . قيل على وجه التبرع لأنه إذا أجبر الداين المدين على إعطاء الرهن وأخذه جبراً فهذا الرهن لا يكون صحيحاً أنظر المادتين (١٠٠٦و١٠٠٧) رد المحتار.

ولهذا إذا باع رجل لآخر مالاً على أن يرهن شيئاً معيناً مقابل ثمن المبيع فالبيع صحيح . فقط لا يجبر المشتري على الرهن إذا امتنع عنه لأن الرهن عقد المتبرع ولا اجبار عليه إنما يكون البايع مخيراً ان شاء رضي بالبيع بدون رهن وإن شاء فسخ البيع لأنه حيث أن الثمن الموجود مقابله رهن أوثق من الثمن الذي لا يوجد مقابله رهن وان الرهن بهذا الاعتبار وصف مرغوب للثمن فالبايع مخير بخصوص فوات الوصف المذكور ويعبر عن هذا بوصف الثمن أيضاً (رد المحتار في الرهن) ما لم يدفع المشتري ثمن المبيع سلفاً أو يعط للبايع قيمته رهناً ففي هذه الصور لا يكون البايع مخيراً لأنه قد حصل في الصورة الأولى مقصود البايع الذي هو الثمن وتوثق في الصورة الثانية (شرح المجمع) وقد سبق شرحه في المادة(١٨٧).

ولهذا السبب أيضاً بعد أن يرهن المال ويسلم إذا ضبط بالاستحقاق من يد المرتهن لا يستطيع المرتهن إجبار الراهن على إعطاء قيمة الرهن المضبوط أو بدله لأن قيد التبرع في الرهن معتبر (بزازية في الثالث هندية في الباب الحادي عشر وانقروي) ولذلك أيضاً لا يمكن الداين أن يأخذ من مدينه مالاً غير جنس مطلوبه ويمسكه عنده على سبيل الرهن بلا إذنه فإذا رضي المدين مؤخراً واجاز ذلك فالرهن صحيح وإذا لم يَرْضَ يكون غير صحيح وغصباً (رد المحتار في الرهن)

ومن هذا القبيل أيضاً لا يقدر أحد أن يرهن مال غيره بدون إذنه مقابل دينه فإذا فعل ولم يخبره صاحب المال يدعي ويسترد هذا ماله من المرتهن بحضور الراهن (علي أفندي) أنظر المادة (٩٦) ولا يقدر الأب أيضاً أن يرهن مقابل دينه مال ابنه الكبير بدون إذنه فإذا فعل يسترده بحضور الراهن أو وارثه بعد وفاته كما ذكر آنفاً أنظر المادة (١٦٣٧).

ولهذا السبب أيضاً إذا ارتهن شخص من امرأة داراً وبعد قبضها وفي غيبة المرأة حضر شخص آخر وأعطى دينها فضولياً وارتهن الدار المذكورة مقابل المبلغ الذي أداه وكفل أيضاً بعض الجيران المبلغ فيمكن المرأة أن تسترد الدار عند حضورها ولا يستطيع ذلك الشخص أن يطالبها بشيء لأنه تبرع بأداء دينها بدون إذنها أنظر المادة (١٥٠٦) ولا يسوغ أيضاً لذلك الشخص أن يطلب من المرتهن الأول شيئاً لأنه أوفى الحق المستحق له متبرعاً ولا يجب شيء على الجيران الذين كفلوا أيضاً لأنهم بكفالتهم وضمانهم لشيء غير مضمون لا تكون الكفالة صحيحة (تنقيح) أنظر المادة(٦١٢).

وتفصيل كيفية المراجعة والتضمين عند ظهور مستحق للرهن بعد هلاكه بيد المرتهن هو على

الوجه الآتي إذا ظهر مستحق للمرهون بعد أن يكون تلف بيد المرتهن فالمستحق مخير ان شاء ضمن بدل المرهون للراهن بصفة أن الراهن غاصب للمرهون وفي هذه الصورة لا يحق للراهن أن يرجع على المرتهن بما ضمنه ويسقط الدين عن الراهن كما ستذكر لاحقة في شرح المادة (٧٤١) لأنه بالنظر لكون الراهن بضمانة المرهون يكون مالكاً استناداً لما قبل التسليم وتبين أنه رهن ملكه فيكون المرتهن قد استوفى مطلوبه بهلاك الرهن (بزازية في الثلث وهندية في الباب الحادي عشر) وان شاء ضمن المرتهن لأنه يكون إذ ذاك غاصب الغاصب (أنظر المادة ٩١٠) ويمكن بعد التضمين الرجوع على الراهن بالشيء الذي ضمنه لأن الراهن برهنه وتسليمه مال الغير يكون غرر المرتهن وهذا يكون بالقبض عاملاً للراهن (بزازية) أنظر شرح المادة (٦٥٨) وعدا عن ذلك عندما يضمن المرتهن حيث أن الرهن يبطل بأخذ المرتهن ماله أيضاً من الراهن (خانية) لأن قبض المرتهن الرهن انتقض وعاد حقه كما كان.

القاعدة هي أن الملك في المضمون يثبت لمن يتقرر عليه الضمان كما هي الحال في تضمين المستحق للراهن وبناء على هذا حيث أن المستحق بعد أن ضمن المرتهن ورجع المرتهن على الراهن بالشيء الذي ضمته تقرر الضمان على الراهن وبهذه الصورة تبين أن الراهن رهن ملكه.

سؤال- أنه لما رهن الراهن ملكه وتلف بيد المرتهن لزم سقوط الدين بمقدار القيمة كان يجب في هذه المسألة أيضاً أن يسقط على هذا الوجه.

الجواب ـ على وجهين: الوجه الأول السبب في رجوع المرتهن على الراهن هو الغرور ويحصل بتسليم المرهون للمرتهن فبناء عليه لما ضمن الراهن المرهون بناء على مراجعة المرتهن يكون قد ملك المرهون اعتباراً من الوقت الذي سلمه للمرتهن وحيث أن عقد الرهن سابق لوقت التسليم زماناً أي أنه اقدم منه فيكون الراهن كأنه رهن مال غيره لا ماله وبهذا الإعتبار لا يكون المرتهن استوفى ماله بذمة الراهن بمال الغير.

الوجه الثاني والمرتهن بضمانة المرهون للمستحق يكون ملكه كأن المرتهن قد اشترى المرهون من المستحق وباعه للراهن وفي هذه الحال تكون ملكية الراهن للمرهون متأخرة عن عقد الرهن وبناء على ذلك لا يمكن أن يكون الراهن رهن ملكه وقت الرهن ولكن مسألة تضمين المستحق للراهن ليست كذلك لأن في هذه حيث أن الراهن كان سابقاً لعقد الرهن وضامناً بالقبض الذي تقدمه استند الملك للقبض المذكور وتبين أنه ملكه (ابو السعود المصري).

في تقسيمات وتعريفات الرهن

ينقسم الرهن على الإطلاق إلى ثلاثة أقسام.

القسم الأول- الرهن الصحيح وهو الرهن المشروع ذاتاً ووصفاً كالبيع (أنظر المادة ١٠٨).

القسم الثاني- الرهن الفاسد وهو الصحيح أصلاً وغير الصحيح وصفاً يعني الرهن الذي وان انعقد فهو غير مشروع باعتبار بعض أوصافه الخارجية (راجع المادة ١٠٩) واللاحقة التي ستذكر في شرح المادة (٧١٠) ولم يبحث في المجلة عن الرهن الفاسد.

القسم الثالث- الرهن الباطل وهو الرهن غير الصحيح أصلاً أنظر المادة (١١٠) واللاحقة المذكورة في شرح المادة (٧١٠) (شرنبلالي)

يكون الرهن باطلاً في الصورتين الآتي ذكرهما.

الصورة الأولى- كل موضع ليس الرهن فيه مالاً فالرهن باطل.

الصورة الثانية- كل موضع ليس مقابل المرهون فيه مضموناً فالرهن باطل (الشّبلي) (أنظر المادتين ٧٠٩ و٧١٠).

﴿المادة ٧٠٢﴾ الارتهان هو أخذ الرهن.

يعني أخذ المال المرهون وهو أمر قائم بالمرتهن وحيث أن لفظ الإرتهان هذا استعمل في المادة (٧٠٨) من هذا الكتاب فقد مست الحاجة لتعريفه هنا.

﴿المادة ٧٠٣﴾ الراهن هو الشخص الذي يعطي الرهن.

أي المدين الذي يعطي المرهون (رد المحتار) ويفهم من شرح المادة (٧١٠) أن المدين هنا أعم من المدين حقيقة وحكماً وتأتي كلمة الرهن احياناً بمعنى المرهون أيضاً كما تبين في شرح المادة المذكورة والرهن في هذه أيضاً مستعمل بمعنى المرهون والقرينة هي عبارة (الذي يعطي) لأن الإعطاء يتعلق بالأعيان المرهونة وفعل الإعطاء لا يتعلق بالمعاني التي هي حبس وتوقيف.

﴿المادة ٧٠٤﴾ المرتهن هو الشخص الذي يأخذ الرهن.

أي الدائن «رد المختار».

ولفظ الرهن هنا أيضاً بمعنى المرهون والقرينة عبارة (الذي يأخذ) لأن الأخذ يتعلق بالمرهون الذي هو من الأعيان وليس في الحبس والتوقيف الذي هو من المعاني.

﴿المادة ٧٠٥﴾ العدل هو الشخص الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وأودعاه وسلماه الرهن.

والعدل اثنان الأول ما ذكر في هذه المادة والثاني هو الشخص العاقل الذي سلمه الحاكم الرهن.

ولا يشترط توكيل هذا العدل لبيع الرهن فيجوز أن يكون عدلاً ان توكل أو لم يتوكل.

ويستفاد من هذا التعريف أن العدل هنا ليس بمعنى العدل الوارد في المادة «١٧٠٥» يعني الاطلاق عليه بلفظ عدل ناشئ عن كونه عدلاً بزعم الراهن والمرتهن وليس بحيث أنه شخص حسناته غالبة على سيآته في نفس الأمر وعلى هذا يمكن الشخص أن يكون عدلاً في الرهن سواء أكان عدلاً بمعنى المادة (١٧٠٥) أم لم يكن (رد المحتار والدرر).

يفهم من هذا الشرح أنه يطلق العدل أيضاً على الشخص الذي أودعه الحاكم الرهن (رد المحتار) وفي هذه الصورة تعريف المجلة ليس بجامع أفراده.

شرط العدل- قد صرح بقيد (عاقل) في التعريف شرحاً لأنه إذا وضع الطرفان الرهن في يد الصغير غير المميز وغير الحائز التعرف أو في يد البالغ غير العاقل واكتفيا بقبضه فلا يكون بالإجماع هذا القبض والرهن أيضاً معتبراً (عبد الحليم) فاذن قيد (عاقل) لازم في التعريف إنما لم تر المجلة لزوماً لتصريحه هنا نظراً لأنه سيستفاد من المادة (٧٠٨).

الصغير من كان مخيراً ويمكنه أن يكون عدلاً ولكن إذا كان الصغير المذكور مع وكالته لبيع الرهن مأذوناً فترجع حقوق العقد إليه وإلا فعهدة البيع لا ترجع إليه (أنظر المادة ١٤٥٨) وإذا باع الصبي المرقوم الرهن وسلمه للمشتري بحسب الوكالة حال كونه غير مأذون وضبط المبيع بالاستحقاق من يد المشتري فلا يمكن للمشتري أن يطلب ثمن المبيع من الصغير بل إن شاء طلبه من المرتهن لأن المرتهن هو الذي انتفع من العقد المذكور بأخذه الثمن وإن شاء طلبه من الراهن لأن الصبي المميز البائع هو مأمور بالبيع من قبل الراهن فبيعه وقبضه الثمن هو لأجل الراهن (الهندية قبل الباب الثالث من الرهن)

ولكن لا يصح لشخص أن يكون عدلاً لنفسه وبناء على ذلك لا يمكن للأشخاص الآتية أن يكونوا عدولاً في الرهن.

أولاً ـ المكفول عنه لرهن الكفيل.
ثانيا- الكفيل لرهن المكفول عنه.
ثالثاً- رب المال لرهن المضارب.
رابعاً- المضارب لرهن رب المال.
خامساً- إذا أعطى أحد شريكي المفاوضة أو العنان رهناً لأجل دين التجارة شريكه لآخر لهذا الرهن.
سادساً- الراهن قبل أن يقبض المرتهن الرهن من الراهن.

وأما في الصورة الخامسة فيجوز لأحد الشركاء أن يكون عدلاً لدين غير دين التجارة لأنه في غير التجارة يكون كل واحد من الشركاء اجنبياً عن الآخر ولا تكون يد الواحد منهم كيد الآخر.

وفي الصورة السادسة ان اشترط وجود المرهون في يد الراهن أثناء عقد الرهن فعقد الرهن

يكون فاسداً (هندية قبيل الباب الثالث وفي الباب الحا[illegible] عشر).

وأما في الصورة السادسة فإذا أودع المرتهن الرهن بعد أن يقبضه إلى الراهن وسلمه إياه يجوز أنظر المادة(٧٤٩) واذا اشترى الأب مالاً لابنه الصغير ورهنه مقابل ثمنه بشرط أن يوضع في يده فالشراء صحيح والرهن باطل راجع الفقرة الأخيرة من المادة (٧٠٦).

الباب الأول

وفيه بيان المسائل الدائرة لعقد الرهن وينقسم إلى ثلاثة أقسام وتدرج خلاصة هذه المسائل على الوجه الآتي.

خلاصة الباب الأول

الرهن

تعريفه: هو جعل مال محبوساً وموقوفاً على وجه التبرع مقابل حق ممكن الاستيفاء من المال المذكور والمقصد من الحق الوارد في التعريف (١) الحق المالي فبناء عليه الحقوق التي هي مثل القصاص واليمين خارجة.

(٢) حق الدين،الدين ثلاثة أقسام:
القسم الأول- الدين الحقيقي

(١)ما وجبت تأديته على المدين
(٢)الدين اللازم ظاهراً وغير اللازم باطناً
(٣) الدين الذي لم يلزم بعد والذي سبب لزومه موجود وقت عقد الرهن.

القسم الثاني- الدين الحكمي.

وهو العين التي عند هلاكها بيد واضع اليد عليها يجب عليه ضمان مثلها إن كانت من المثليات وضمان قيمتها إن كانت من القيميات.

القسم الثالث- الدين المعدوم ولهذا السبب الرهن فيه باطل الدين الموعود. مستثنى تقسيمه

(١) الرهن الصحيح، وهو الرهن المشروع ذاتاً ووصفاً
(٢) الرهن الفاسد، وهو الرهن الصحيح أصلاً وغير الصحيح وصفاً
(٣) الرهن الباطل، وهو الرهن غير الصحيح أصلاً ويكون على شكلين:
أ ـ إذا لم يكن الرهن مالاً
ب ـ إذا لم يكن مقابل المرهون مضموناً

عقد الرهن

١

(ركن الرهن)

الرهن ينعقد بإيجاب وقبول الراهن والمرتهن ويتم بالقبض والإيجاب لازم لأن الرهن عقد.
والقبول لازم لأن الدين يسقط مقابل الرهن عند هلاكه فالقول إذاً بجواز انعقاد الرهن بلا قبول المرتهن يوجب حزره والقبض لازم لاتمامه لأنه

أولاً- الرهن عقد تبرع

ثانياً- الرهن حكماً استيفاء الدين فكما أن الاستيفاء الحقيقي لا يصح بدون القبض فالإستيفاء الحكمي أيضاً لا يكون صحيحاً بدون القبض.

ثالثاً ـ القصد من الرهن إجبار الراهن على تعجيل إيفاء الدين وهذا ممكن بالقبض والقبض يكون حقيقة كوضع المرتهن يده على المرهون بالفعل أو يكون حكماً بالتخلية.

ولصحة القبض يلزم أولاً وجود أهلية القابض للقبض ثانياً: وجود اذن الراهن وهذا الاذن يكون صراحة وفيه يجوز القبض استحساناً بعد تفرق مجلس الرهن أو دلالة (وفي هذا يتقيد القبض بمجلس عقد الرهن ولا يصح بعد التفرق)

٢

شرائط الرهن

١ - يشترط كون الراهن عاقلاً لأن العقل لازم في جميع التصرفات

٢ - لا يشترط كون المرتهن بالغاً فبناء على هذا يجوز رهن الصبي المميز وارتهانه وينفذ إن كان مأذوناً ويتوقف على الإجازة إن كان غير مأذون.

٣ - يشترط كون المرهون مالاً معلوماً ومتقوماً لأن المقصد من الرهن استيفاء الدين وهذا يمكن بوجود هذين الشرطين.

لا يشترط أن يكون المرهون ملك الراهن ويجوز رهن المستعار

٤ - يشترط أن لا يكون الرهن شرطاً معلقاً ولا مضافاً لوقت
يشترط أن يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً بنفسه.

وإذا لم يكن مالاً مضموناً إما أن يكون باطلاً أي لا يسقط الدين عند هلاكه لأنه أمانة أو

فاسداً أي إذا كان الرهن سابقاً للدين يكتسب حكم الصحيح وإن كان لاحقاً لا يكون الرهن بحكم الصحيح في تلك الحالة ولا يمكن للمرتهن أن يحبس هذا المرهون لأجلِ استيفاء الدين.

٣

مباحث متفرعة

١ - زوائد المرهون المتصلة ما دخل في البيع من غيرذكر .يدخل في الرهن بعض ما لم يدخل داخل (كالمزروعات والأشجار المغروسة على العرصة المرهونة لأنها لو لم تعتبر داخلة لوجدت مشغولية الأرض بملك الراهن وافضى ذلك لفساد الرهن) لأن بعضها غير داخل وما كان منفصلاً عن المرهون هو من هذا القبيل.

٢ - تبديل الرهن له ثلاثة شروط (١) رضا الطرفين(٢) رد الرهن الأول للراهن(٣) قبض المرتهن الرهن الثاني.

٣ - زيادة المرهون وهي قسمان(١) الزيادة الضمنية متولدة متصلة وهي بحكم أصل الرهن منفصلة تكون مرهونة مع أصل المرهون (المادة ٧١٥)

غير متولدة متصلة منفصلة لا تكون مرهونة مع أصل الرهن.

(٢) الزيادة القصدية زيادة الراهن أو الكفيل أو الأجنبي للرهن بعد العقد جائزة والفرق بين أصل الرهن وزيادة الرهن هو أن الزيادة تكون مرهونة مقابل ما تبقى من الدين وليس مقابل الدين الساقط وأصل الرهن يكون مرهوناً مقابل الدين الساقط أيضاً.

والفرق بين هاتين الزيادتين هو أنه عند تلف الرهن في الزيادة القصدية يسقط من الدين ما يصيبه وهذا لا يكون في الزيادة الضمنية.

(٤) زيادة الدين وهو جائز مقابل عين المرهون ويكون المال مرهوناً مقابل كلا الدينين.

الفصل الأول

في بيان المسائل المتعلقة بركن الرهن

ركن الرهن عبارة عن الإيجاب والقبول (عبد الحليم) كركن البيع (أنظر المادة ١٤٩) الإيجاب والقبول على ثلاث صور.

أولاً- لفظاً

ثانياً- بالمكاتبة

ثالثاً- بالتعاطي

ويأتي الكلام بالتفصيل عليها في المادة الآتية (أنظر المادة ٦٩) رد المحتار.

أركان الرهن خمسة«١» الراهن«٢» المرتهن«٣» المرهون«٤» المرهون به«٥» الصيغة (الباجوري).

فالثلاثة الأول ذكرت في المقدمة وستذكر الرابعة في المادة «٧١٠» والخامسة تفصل في المادتين الآتي ذكرهما.

﴿المادة ٧٠٦﴾ ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن فقط لكن ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يكون لازماً وبناء عليه يجوز للراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم.

بالإيجاب والقبول لفظاً وبالتعاطي والمكاتبة يعني بوجود الإيجاب والقبول معاً وسيوضح في شرح المادة الآتية انعقاد الرهن بلفظ الكتابة والتعاطي.

الإيجاب والقبول نوعان: الأول عقد الراهن والمرتهن الرهن بالذات لنفسهما الثاني من النائب (رد المحتار) وهو عبارة عن الوكيل والولي والوصي وحيث أن مسألة عقد الولي والوصي والرهن بالولاية والوصاية ستذكر مفصلاً في لاحقة شرح المادة (٧٠٨) فلنوضح هنا عقد رهن الوكيل:

وكما ذكر في المادة(١٤٦٠) ان إضافة الوكيل عقد الرهن كله لازمة بناء عليه إذا أعطى شخص لآخر مالاً ووكله برهنه مقابل ماية قرش ينظر: فإذا عقد الآخر الرهن بقوله ان فلاناً أرسل لك هذا المال لتأخذه رهناً وتقرضه مقابل ماية قرش فالقرضة للشخص المذكور وهو يكون كما ذكر

في المادة(١٤٦١) رسولاً بين الاثنين حتى أنه لا يمكنه بعدئذ استرداد المرهون ولا يطالب أيضاً بالمبلغ وأما إذا عقد الرهن قائلاً خذ هذا المال رهناً واقرضني ماية قرش فالمبلغ يكون ماله ويمكنه أن لا يعطيه لامره الذي هو ذلك الشخص وإذا تلف المبلغ المذكور في يد الآخر يكون تلف من ماله انقروي قبيل الوصايا) ويمكن للشخص المذكور استرداد ماله من المرتهن وإذا هلك في يده فهو مخير إن شاء ضمنه للراهن وإن شاء للمرتهن .

وسبب لزوم الإيجاب والقبول كليهما في انعقاد الرهن هو كما أن البيع والإجارة والعقود السائرة تنعقد بالإيجاب والقبول ففي انعقاد الرهن أيضاً الإيجاب والقبول كلاهما لازم أنظر المادتين (١٦٧و٤٣٣) لأن الرهن عقد وعليه وجود الشطرين لازم والرهن لا ينعقد بالإيجاب الراهن فقط (عبد الحليم).

سؤال- لماذا لا ينعقد الرهن بالإيجاب الراهن فقط مثل الكفالة.

الجواب- متى هلك الرهن بيد المرتهن كما سيأتي ذكره في لاحقة شرح المادة(٧٤١) يسقط الدين مقابلة فبناء على ذلك القول بجواز انعقاد الرهن بلا رضا المرتهن يوجب ضرراً بسقوط الدين في حال هلاك الرهن والضرر ممنوع بحكم المادة(١٩)(عيني) ومن هذه الجهة فالرهن لا يعد تبرعاً من كل وجه كالكفالة بل حيث أنه يوجد في الرهن معنى المعاوضة من وجه فلا ينعقد بإيجاب الراهن وحده وقبول المرتهن أيضاً لازم (عبد الحليم عيني وفتح القدير).

الخلاصة ليس الرهن كالكفالة منفعة محضة بحق المرتهن وبناء عليه قبول المرتهن لازم ولا يقاس للمادة(٦٢١) وقد فهم من التفصيلات السابقة أن القبول أيضاً ركن من أركان الرهن كالإيجاب وعليه إذا حلف شخص بأنه لا يعطي رهناً ثم أوجب الرهن ولم يقبله المرتهن لا يكون حانثاً في يمينه «شلبي» ولكن الرهن لا يكون لازماً بمجرد انعقاده كالبيع والإجارة بل يقتضي لذلك قبض المرتهن الرهن كما هو في الهبة ولهذا السبب صحت فقرة:

«فقط ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يكون لازماً» إلى آخر هذه المادة يعني إذا لم يوجد القبض المتصف بالشرائط الثلاثة الآتية من قبل المرتهن أو نائبه لا يكون الرهن بالإيجاب والقبول فقط تاماً لازماً بحق الراهن وداخلاً في ضمان المرتهن.

يشترط في القبض أن يكون جامعاً للشرائط الآتية:
أولاً- أن يكون المرهون محرزاً يعني مقسوماً وغير مشاع.
ثانياً- أن لا يكون مشغولاً بحق الراهن
ثالثاً- أن يكون مميزاً يعني غير متصل.
رابعاً- أن لا يكون المسلم والمستلم متحدين.

فالشروط الثلاثة الأول سيأتي ايضاحها قريباً وإيضاح الشرط الرابع كما يلي:
إن كلا من الراهن والمرتهن يمكنه انابة شخص آخر بخصوص قبض الرهن وتسليمه ولكن لا

يصح اتحاد القابض والمسلم كما لو قال المرتهن للراهن أو لنائبه كن وكيلاً من طرفي لقبض الرهن فقبضه فلا يكون الرهن بذلك مقبوضاً (الباجوري) وقد ثبت لزوم القبض بثلاثة وجوه:

الوجه الأول- الراهن، وهو حيث أنه يستفد شيئاً من المرتهن مقابل الرهن لأنه وإن يكن أخذ قرضاً فهو مجبور على أدائه فالرهن يكون عقد تبرع والتبرع بحكم المادة (٥٧) يتم بالقبض.

الوجه الثاني- الرهن حكماً هو استيفاء الدين والإستيفاء حكماً كالإستيفاء حقيقة لا يصح بدون القبض وحيث أنه لا يصح الإستيفاء حقيقة بدون القبض كما ذكر في شرح المادة (٩٧) فإذا قال الداين للمدين (الق في الماء العشر ذهبات التي لي بذمتك). وفعل المدين ذلك لا يبرأ من دينه.

الوجه الثالث- إن المقصود من الرهن إجبار الدائن على تعجيل إيفاء الدين وهذا يحصل ببقاء يد المرتهن على الرهن والبقاء أيضاً يظهر للوجود بقبض الرهن(كفاية) حتى أنه لو اشترط في عقد الرهن بقاء المرهون في يد الراهن لا يصح الرهن ولو قبض المرتهن المرهون وأما إذا ورد الشرط المذكور بعد تمام الرهن فإن لم يقبض المرتهن الرهن بعد العقد لا يصح وان قبضه فهو صحيح (الهندية في الباب الحادي عشر في المفترقات) أنظر شرح المادة(٧٠٥).

الخلاصة- الأحكام التي سيأتي الكلام عليها في الفصل الأول من الباب الرابع لا تترتب على المرهون ما لم يقبض.

ولذلك إذا هلك الرهن بيد الراهن بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض لا يسقط شيء من الدين.

ولهذا السبب أيضاً يمكن الراهن أن يمتنع عن تسليم الرهن بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض. ولا يجبر على تسليم الرهن لأنه لا جبر على التبرع.

وفي مذهب الإمام مالك رحمه الله يلزم الراهن تسليم الرهن بمجرد عقد الرهن ويجبر عليه عند امتناعه عنه لأن الرهن مشابه للكفالة باعتبار أنه قبض الوثيقة. «شرح المجمع لابن مالك» جاء في شرح هذه الفقرة قيد «بحق الراهن» لأنه كما سيأتي في شرح المادة «٧٦٦» لا يكون الرهن لازماً بحق المرتهن ولو قبض المرهون كما سيعلم من تقسيم العقود الى ثلاثة أقسام في شرح المادة «١١٤».

بيان الاختلاف- يوجد في الرهن شيئان الأول انعقاد الرهن الثاني لزوم الرهن وبتعبير آخر إتمام الرهن. فالأول يحصل بالإيجاب والقبول.

والثاني يحصل بعد الإيجاب والقبول بالقبض.

وفي رأي بعض الفقهاء الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض يعني بمجموع هذه الأشياء الثلاثة فالرهن لا ينعقد ما لم يوجد القبض وعند بعض العلماء ينعقد الرهن بمجرد الإيجاب والقبول ولا دخل للقبض في انعقاد الرهن وان يكن القول الأول رجح في أكثر الكتب الفقهية فقد قبل

الثاني في المجلة بدلالة عبارة «ينعقد» فنظراً للقول الأول الرهن لا يصح ولا ينعقد قبل القبض وفي القول الثاني وإن كان صحيحاً ومنعقداً فهو غير تام ولكن نظراً لأنه لا تترتب أحكام الرهن قبل القبض على كلا القولين هل من ثمرة لهذا الاختلاف في المعاملات؟

فيمكن التوجيه بأنه حسب القول الأول بعد أن يقع الإيجاب والقبول في مجلس واحد وان قبض المرتهن الرهن بإذن الرهن الصريح في مجلس آخر لا ينعقد الرهن لأن الإيجاب يبطل بتفرق المجلس كما هي الحال في البيع أنظر المادة «١٨٣» وأما بحسب القول الثاني فيجوز القبض بالإذن الصريح حتى بعد التفرق وسيفصل هذا في أواخر شرح المادة.

الدعوى الصحيحة وغير الصحيحة في الرهن- حيث أن الرهن يتم بالقبض كما سبق بوجه التفصيل السابق متى ادعى المرتهن الرهن مع القبض يعني اذا ادعى قائلاً إني ارتهنت وقبضت فتسمع دعواه وأما إذا أقام الدعوى على الراهن ولم يذكر القبض لا تسمع دعواه كما سيذكر قريباً ونظراً لما تقدم يجوز للراهن أن يرجع عن الرهن ويمتنع عن تسليم المال المرهون بعد الإيجاب والقبول وقبل التسليم لأنه كما ذكر آنفاً الرهن تبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلم كالهبة والصدقة(زيلعي) وفي هذا التقدير بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض والتسليم يكون الراهن مخيراً إن شاء رجع عن الرهن «وليس رضا المرتهن شرطاً لصحة هذا الرجوع» وإن شاء سلم الرهن إلى المرتهن واكمل عقد الرهن كما هي الحال في الهبة أنظر المادتين «٧٣٧و ٨٤٩».

وفقرة«بناء عليه» الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة هي تفريع على فقرة «فقط ما لم يوجد القبض».

ولهذه الجهة أيضاً كما ذكر في شرح المادة (١٨٧) إذا بيع مال بشرط رهن الشيء الفلاني مقابل ثمنه فلا يمكن إجبار المشتري على رهن ذلك الشيء للبايع وقد أوضح ذلك في شرح المادة(٧٠١) الدرر.

ولذلك أيضاً إذا ادعى المرتهن الرهن ولم يذكر أنه قبض المرهون لا تسمع دعواه لأنه لا يترتب حكم على الراهن وان أقر بعقد الرهن (أنظر المادة ١٦٣٤) وفي هذه الصورة إذا ادعى المرتهن الرهن وأقام الشهود بناء على إنكار الراهن لا يقبل منه ولو شهدت الشهود على القبض أو على الإقرار به لأن دعوى الرهن بلا قبض غير مسموعه (تنقيح) وفي تلك الحال تكون الشهادة المذكورة وردت على الدعوى غير الصحيحة وعليه من شهد على رهينة دار بقوله أن هذه الدار رهن لعمر لا يكفي إذ يلزم ذكر التسليم والقبض (أبو السعود).

ولهذا السبب أيضاً إذا رهن شخص داره لآخر وسلم المرتهن سند الدار وحجتها فقط لا يكون الرهن تاماً لأن تسليم سند الدار وحجتها للمرتهن لا يقوم مقام تسليم ذلك الملك (علي افندي).

لاحقة- في أن تسليم المبيع وفاء شرط.

حيث أن البيع بالوفاء هو بحكم الرهن ففيه أيضاً قبض المبيع لازم كي يكون تاماً فالبيع بالوفاء لا يتم بدون القبض وقد ذكر ذلك في شرح المادة (١١٨) وبناء عليه إذا لم يسلم المال الذي بيع وفاء للمشتري وبعده طلب المشتري تسليمه له وادعى بذلك لا تسمح دعواه ولا يجبر البايع على التسليم. ولذلك أيضاً إذا مات البايع وفاء قبل التسليم لا يكون المشتري أحق من سائر الغرماء ولا يقال أن البيع وفاء هو بحكم البيع الصحيح في بعض الأحكام لأنه في البيع الصحيح لا يشترط تسليم المبيع والمشتري أحق في المبيع من سائر الغرماء.

ويفهم من المفهوم المخالف لفقرة (فقط ما لم يوجد القبض. الخ) انه حينما يقبض المرتهن المرهون بإذن الراهن يصير الرهن لازماً وتاماً ويدخل في ضمان المرتهن وبناء على ذلك لا يمكن الراهن أن يرجع عن الرهن (مجمع الأنهر وعناية) (أنظر المادة ٧١٧).

وإذا اختلف الراهن والمرتهن في القبض فيما لو قال الراهن للمرتهن إنك غصبت من الرهن أو اني اعطيتك اياه بطريق الوديعة أو العارية لا بوجه الرهن وادعى بذلك فالقول مع اليمين قول الراهن وسواء كان المرهون بيد الراهن أم بيد المرتهن أثناء الاختلاف (الباجوري).

أنواع القبض وشرائطه- يصح القبض في مجلس العقد كما يصح بعد مجلس العقد وبإذن الراهن الصريح وكذلك قبض المرتهن بالذات أو نائبه كالولي والوصي والعدل أيضاً صحيح.

إنما يقتضي وجود الشرائط الآتي ذكرها لصحة القبض: أولاً أهلية القابض للقبض ولهذا كما ذكر في شرح المادة(٧٠٥) قبض العدل غير العاقل ليس صحيحاً ولا يتم الرهن به.

ثانياً- إذن الراهن للقبض وعليه لا حكم لقبض المرتهن الرهن بدون إذن الراهن وقد ذكر في المواد (٨٤٢و ٨٤٣و ٨٤٤) أن حكم الهبة أيضاً هكذا (الهندية).

أنواع الإذن- الإذن نوعان: النوع الأول إعطاء الراهن المرتهن إذناً صريحاً بقبض الرهن كقول الراهن للمرتهن إني آذنتك بقبض الرهن أو اقبض الرهن أو رضيت بقبضك الرهن.

النوع الثاني- الإذن دلالة كسكوت الراهن عند رؤيته قبض المرتهن للرهن أي عدم نهيه عنه (أنظر المادة ٦٧).

الفرق بين نوعي الإذن حكماً. يفترق حكماً الإذن الصريح عن الإذن دلالة فكما أن قبض المرتهن المرهون في مجلس عقد الرهن بناء على الإذن الصريح صحيح فقبضه إياه بعد تفرق المجلس أيضاً يصح استحساناً وأما الإذن دلالة فيتقيد بمجلس العقد (الهندية) والحكم في الهبة أيضاً هكذا كما صرح في المادة(٨٤٤).

ثالثاً- يجب أن يكون المرهون مفرغاً يعني غير مشغول بالراهن أو بمتاعه فمن هذه الجهة إذا سلمت الدار المرهونة مشغولة بالراهن أو بأشياء أو بتعبير آخر إذا سلمت الدار المذكورة حال كون الراهن أو متاعه موجوداً فيها لا يصح مثلاً لو رهن شخص الدار التي يسكنها وسلمها للمرتهن

وهو ساكن فيها وقبضها المرتهن مشغولة على هذه الصورة لا يكون الرهن تاماً وحيث أن هذا التسليم باطل يجب حينئذ على الراهن أن يخرج منها ويخرج أشياءه ويسلمها بعد تخليتها مجدداً «الزيلعي والأنقروي».

وأما إذا رهن الدار مع الأشياء الموجودة فيها وسلمها مع الأشياء المذكورة بعد أن خرج منها فيكون الرهن تاماً.

رابعاً- يجب أن يكون المرهون محرزاً أي مقسوماً فبناء عليه رهن المشاع غير جائز سواء أكان المشاع قابلاً للقسمة أم غير قابل عليه لأن حكم الرهن عبارة عن دوام الحبس وحيث أن في المشاع تجب المهايئة فلا يتصور دوام الحبس فيه ولا يجوز رهن المشاع وإنما الشيوع الطارىء لا يفسد عقد الرهن عند الإمام أبو يوسف لأن البقاء أسهل من الإبتداء ويفسده عند الإمامين وسيأتي الكلام عليه مفصلاً في شرح المادة«٧١٠». (شرح المجمع).

خامساً- يجب أن يكون المرهون متميزاً يعني أن لا يكون المرهون متصلاً خلقة بغير المرهون بناء عليه رهن الثمر بدون الشجر وتسليمه غير صحيح «شرح المجمع وتفصيل هذه المسائل في شرح المادة«٧١٠».

وإذا وجد المرهون بيد المرتهن قبل عقد الرهن هل يلزم قبضه بعد؟

إذا وجد المرهون في يد المرتهن قبل عقد الرهن ينظر: فإذا كان القبض الواقع قبل عقد الرهن والقبض اللازم وقوعه عند عقد الرهن كلاهما من جنس واحد أو كان القبض السابق أقوى من القبض اللاحق يقوم القبض السابق مقام القبض اللاحق وإلا فلا ويلزم قبض جديد. «الهندية في الباب الأول والفصل الأول».

مثلاً لو غصب شخص من آخر مالاً ثم رهن المغصوب منه ذلك المال عند الغاصب فالرهن صحيح وتام بدون أن تمس الحاجة الى قبض جديد لأن قبض المغصوب قبض مضمون بنفسه وبهذه الحيثية فانه يقوم مقام قبض الرهن الذي هو مضمون بغيره وأدنى منه.

وأما لو رهن الآجر المأجور إلى المستأجر مقابل دينه وسلمه إياه مجدداً فيصح الرهن وتنفسخ الإجارة كما سيوضح في شرح المادة «٧٤٤» ولكن لا يصح الرهن أي لا يتم بلا تسليم وقبض جديد لأن قبض المأجور قبض أمانة بحكم المادة «٦٠٠» وقبض المرهون كما سيأتي في لاحقة شرح المادة «٧٤١»

وأما لو رهن الآجر المأجور إلى المستأجر مقابل دينه وسلمه إياه مجدداً فيصح الرهن وتنفسخ الإجارة كما سيوضح في شرح المادة(٧٤٤) ولكن لا يصح الرهن أي لا يتم بلا تسليم وقبض جديد لأن قبض المأجور قبض أمانة بحكم المادة (٦٠٠) وقبض المرهون «كما سيأتي في لاحقة شرح المادة (٧٤١)» قبض مضمون بغيره. بناء عليه لا يقوم قبض الأمانة مقام القبض المضمون (الهندية) ولذلك إذا رهن المستودع الوديعة التي بيده إلى المودع صاحب المال ولم يقبضه يبقى ذلك المال وديعة

بيد المستودع ولا يكتسب حكم الرهن لأن يد المستودع كيد المودع وطالما أن المرتهن لم يقبضه فلا يتثبت حكم وضع يده على المرهون. (الهندية في الباب الثاني عشر).

بناء عليه قبل أن يقع قبض بحكم الرهن إذا هلك المال بيد المستودع لا يسقط الدين والقول في هذا قول المستودع بلا بينة أنظر المادة (١٧٧٤) لأن المرتهن منكر القبض بحكم الرهن (الهندية). مع أنه إذا أقام الراهن دعوى بأن الرهن هلك بعد أن قبض المرهون بحكم الرهن وادعى المستودع أنه تلف قبل أن يقبض ترجح بينة الراهن لأن بينة الراهن تثبت ايفاء الدين.

تقسيم القبض- القبض قسمان:

القسم الأول: القبض حقيقة. كوضع المرتهن يده على المنقول المرهون ودخوله العقار الذي رهن بعد تخليته.

القسم الثاني: القبض حكماً وهذا هو أيضاً التخلية. (رد المحتار) التخلية هي عبارة عن التمكين من القبض بإزالة موانعه (العناية والزيلعي) وسبب كفاية التخلية هو أن نهاية ما يمكن الراهن عمله عبارة عن التخلية وحيث أن القبض حقيقة هو فعل الغير فلا يكلف الراهن به فبناء على ذلك ان وضع الراهن المرهون بحالة يتمكن المرتهن من أن يقبضه بلا مانع واذنه بقبضه يعد تسليماً وبهذا يعتبر الرهن قبضاً حكماً كما هي الحال في البيع أنظر المادتين (٢٦٣ و٢٦٤) (العناية) سواء أكان المرهون منقولاً أم عقاراً حتى أنه إذا أخلى الراهن المرهون بحضور المرتهن ولم يأخذ هذا الأخير الرهن المنقول ليده ولم ينقله لغير الموضع الذي هو موجود فيه وفقد يضمن الرهن بضمان الغصب (الطحطاوي، ورد المحتار، الهداية، الهندية، والدرر).

وعند الإمام ابي يوسف إذا كان الرهن مما ينقل لا يصير قابضاً ما لم ينقل (الخانية).

وإذا تصادق الطرفان على وقوع القبض ولم يقبض الرهن في نفس الأمر فيكون ذلك في حكم القبض أيضاً يعني أن الراهن يوآخذ بالاقرار المذكور (الأنقروي) أنظر المادة (١٥٨٧). حتى أنه إذا شهد الشهود على إقرار المرتهن بقبض الرهن. لم يقولوا(رأيناه وهو يقبض) تقبل شهادتهم. ووجود الرهن بيد الراهن وقت الدعوى لا يمنع إثبات قبضه مقدماً أو الإقرار بقبضه لأن يد الراهن في الرهن حالياً تكون أيضاً عارية. أنظر المادة (٧٤٩). (الأنقروي في الرهن).

وبالإقرار بالرهن لا يحصل الإقرار بالقبض وقد فهم من التفصيلات الآنفة أنه كما أن الرهن لا يكون لازماً بمجرد عقد الرهن فالراهن أيضاً بإقراره بعقد الرهن لا يكون أقر بالتسليم يعني بقبض الرهن. بناء على ذلك إذا لم يدرج قبض الرهن في سند عقد الرهن لا يمكن الحكم بلزوم الرهن بذلك السند. لأن الرهن قول والقبض فعل فلا يثبت القبض الذي هو عبارة عن الفعل بسند لمجرد ذكر القول فيه (الأنقروي).

﴿المادة ٧٠٧﴾ الإيجاب والقبول في الرهن هو قول الراهن إني رهنت

عندك هذا الشيء مقابل ديني أو كلاماً آخر بهذا المعنى وأن يقول المرتهن أيضاً قولاً يدل على الرضا مثل قبلت أو رضيت وليس ذكر لفظ الرهن شرطاً. مثلاً لو اشترى أحد شيئاً وأعطى البائع مالاً قائلاً له احفظه عندك لبينما انقدك الثمن يكون قد رهن المال.

وقول الراهن أيضاً فليكن هذا الشيء رهناً عندك مقابل ديني الذي هو عبارة عن كذا ذهبات يعني عند وقوع الإيجاب والقبول بالفاظ كهذه ينعقد الرهن بموجب المادة الآنفة ولا ينعقد بالفاظ لا تدل على الرهن مثلاً لو كان شخص مديناً لآخر بماية مجيدي وأعطاه إياها قائلاً أشهد أنك قبضتها وامسكتها مقابل حقك فهذه المعاملة لا تكون رهناً بل إيفاء دين (الخانية).

وكما هو مذكور في المجلة أن الرهن ينعقد بإيجاب الراهن وقبول المرتهن ينعقد أيضاً بإيجاب المرتهن وقبول الرهن. وقد ذكر أن الحكم كذلك أيضاً في البيع والإجارة والحوالة ولذلك إيراد الإيجاب من قبل الراهن في هذه المادة ليس أمراً احترازياً. وذكر لفظ الرهن في عقد الرهن ليس شرطاً بل يكفي لذلك قول يفيد الرهن أنظر المادة(٣) وبناء على ذلك يمكن عقد الرهن بدون أن تلفظ كلمة الرهن. (رد المحتار).

وإذا اشترى أحد شيئاً من آخر وأعطاه مالاً قائلاً له أبق هذا عندك لبينما اعطيك ثمن المبيع وأبقى البايع ذلك المال عنده يكون المشتري رهن المال المذكور عند البائع مقابل المبلغ لأنه قد علم أن مقصد الراهن الرهن بتجديده إمساك الرهن لحين تأدية ثمن المبيع حيث أن الإمساك لحين إعطاء المبلغ هو معنى الرهن. أنظر المادة (٧٢٩) ونظراً للمادة (٣) فالاعتبار في العقود للمعاني لا للالفاظ حتى وإن لم يقل ابق مقابل الدراهم. ولا يكون ترك المال بصفة وديعة. مثلاً لو قال المدين لدائنه خذ هذه الأربعة وخمسين مجيدياً وابقها عندك لبينما أعطيك العشر ذهبات الباقية تكون هذه المعاملة رهناً وليست إيفاء دين «الخانية».

هذا مثال لكون ذكر لفظ الرهن ليس شرطاً وهو على مذهب الإمام الأعظم والإمام محمد رحمهما الله تعالى وأما مذهب الإمام ابي يوسف والائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى فباللفظ المذكور لا ينعقد الرهن بل تنعقد وديعة لأنه يحتمل الرهن والإيداع. وحيث أن الإيداع أقل من الرهن اقتضى ثبوت الإيداع بسبب أن الوديعة أمانة صرفه وأما الرهن فمضمون بغيره ولكن إذا قال الراهن امسكه مقابل دينك أو مالك يكون عن جهة الرهن (رد المحتار والهندية) وبهذه الصورة بالإتفاق رهناً (الخانية).

وإذا كان رهن المبيع مقابل ثمنه جائزاً بعد القبض فلا يجوز قبله ولهذا قول المجلة إذا اشترى شيئاً وأعطى البائع مالاً يعني أن إيراد المرهون مستقلاً عن المبيع ليس بقصد الإشعار بوجوب كون ذلك المال غير الشيء المذكور لأن المبيع صالح أن يكون رهناً مقابل ثمنه بعد القبض «الشربنلالي والدرر)

وإذا أعطى المشتري المبيع للبايع بعد أن يقبضه منه قائلاً له أبق هذا عندك الى أن انقدك ثمنه فالحكم كما تقدم ولكن لا يمكن الراهن رهن المبيع عند المرتهن قبل أن يقبضه. لأن المبيع قبل القبض مضمون بثمن المبيع بموجب المادة «٢٩٣» وحيث أنه لا يمكن للشيء الواحد أن يكون مضموناً بضمانين مختلفين فلا يصح جعله مضموناً بالرهن أيضاً لأن اجتماع الضمانين المختلفين محال.

وبيان اختلاف الضمانين أن حكم الرهن ثابت في المبيع بعد القبض ومضمون بالأقل من القيمة والدين وأما قبل القبض فالمبيع مضمون بجميع الثمن وإن كان الثمن المذكور أكثر من قيمة المبيع «مجمع الأنهر وأبو السعود» وعليه في هذه الصورة لو كان الرهن جائزاً قبل القبض لوجب أن يكون مضموناً بجميع الثمن وبالأقل من القيمة وثمن المبيع وعلى هذا الوجه إذا أعطى المشتري للبائع مالاً مع المبيع كي يكون رهناً مقابل ثمن المبيع حال كونه لم يقبض المبيع بعد فيكون المال فقط مرهوناً بحصته والمبيع لا يكون مرهوناً «الهندية قبل الفصل الخامس».

ولهذا السبب أيضاً إذا رهن شخص المال الذي اشتراه عند البايع قبل أن يقبضه وهلك المال بيد البايع ينفسخ البيع ولا يلزم المشتري شيء وبتعبير آخر لا يمكن البائع أن يطالب المشتري بزيادة قيمة المبيع فيما لو كانت قيمة المال أدنى من ثمن المبيع. أنظر المادة «٢٩٣» وشرحها.

ولذلك أيضاً إذا اشترى شيئاً مما يفسد بالمكث كاللحم والحليب ورهنها مقابل ثمنها عند البائع قبل أن يقبضها وذهب في حال سبيله يعني إذا أهمل أخذ المبيع وإعطاء ثمنه فيمكن البايع أن يبيعه لخلافه بإمكان الآخر أن يشتريه أيضاً مع علمه بحاله فلا يطالب كل من البائع والمشتري الآخر بشيء «الدر المختار فيما يجوز ارتهانه وما لا يجوز».

إن انعقاد الرهن ليس منحصراً في الإيجاب والقبول اللفظي فقط فينعقد أيضاً بالتعاطي والكتابة. أنظر المادة (٦٩) كما هي الحال في البيع والإجارة أنظر المادتين «١٧٥ و٤٣٧». وعدم ذكر هذه المسألة في المجلة ناشئ عن أنها تكون معلومة قياساً للمواد المذكورة «رد المحتار في أول الرهن».

الفصل الثـاني

في بيان شروط انعقاد الرهن

يشترط في انعقاد الرهن أن يصدر من أهله يعني من العاقل والمميز ويضاف إلى محله فالرهن الذي يوجد خلل في ركنه كرهن المجنون باطل.

تلخيص الشروط: الشروط المذكورة تتعلق بالراهن والمرتهن والمرهون والمال المقابل الرهن فالأول والثاني من الشروط مذكوران في المادة (٧٠٨) والثالث في المادة (٧٠٩) والرابع في المادة (٧١٠) فكل عقد رهن لا يشتمل على الشروط المذكورة غير صحيح وباطل والحكم في البيع والإجارة أيضاً هو على المنوال المحرر (أنظر المواد ٣٦١و ٣٦٢و ٤٤٤و٤٥٨).

وجوه أربعة في بطلان عقد الرهن:

الوجه الأول- لفقدان الشروط المحررة في المادة (٧٠٨)
الوجه الثاني- لعدم وجود الشروط المذكورة في المادة (٧٠٩).
الوجه الثالث- لجهل المرهون كما ذكر في شرح المادة المذكورة
الوجه الرابع- لعدم وجود الشروط المحررة في المادة (٧١)

وسيأتي الكلام في المادة الآتية على الوجهين الأول والثاني وفي المادة(٧٠٩) على الوجه الثالث وفي المادة(٧١٠) على الوجه الرابع (عيني).

ويوجد شرط خامس وهو كما ذكر شرحاً في المادة(٧٠٥) أن يكون العدل عاقلاً لأنه إذا لم يكن عاقلاً لا يتم الرهن بقبضه ويوجد للرهن شرائط اخر. وعدا عن هذه الشروط يشترط أيضاً في الرهن أن لا يكون معلقاً على شرط ولا مضافاً إلى وقت (الهندية في الباب الأول وفي الفصل الأول) كما يستفاد من شرح المادة(٧٠١).

وإذا وجد شرط الرهن ولم يكن مشروعاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية يكون الرهن فاسداً والمجلة تبحث في هذا الفصل عن أحكام الرهن الباطل وحيث أن أحكام الرهن الفاسد مهمة أيضاً فسنبحث عنها في الشرح تتميماً للفائدة. وعدم ذكر الرهن الباطل في المجلة «مع أنه صرح في فصولها العائدة للعقود كالبيع والإجارة والكفالة والحوالة. إن العقود المذكورة تكون باطلة عند عدم **وجود شرائط الإنعقاد**» مبني على أنه **يكون معلوماً بطريق المقايسة**

﴿المادة ٧٠٨﴾ يشترط أن يكون الراهن والمرتهن عاقلين ولا يشترط بلوغهما حتى أن رهن الصبي المميز وارتهانه جائزان.

يعني أن كون الراهن والمرتهن عاقلين شرط في انعقاد الرهن (أنظر مادتي ٩٥٧و٩٦٦) ففي هذه الصورة رهن الصغير غير المميز والكبير المجنون وارتهانهما باطلان سواء أكان بأنفسهما أم بوكيلهما لأن الصغير غير المميز والمجنون لا عقل لهما والعقل شرط في جميع التصرفات وفي هذه الحال إذا رهن شخص مالاً عند صبي غير مميز وسلمه إياه وضاع ذلك المال لعدم اقتدار الصبي على حفظه لا يلزم الضمان. أما البلوغ ليس بشرط وعلى هذا التقدير رهن الصبي المميز وارتهانه صحيحان ونافذان إذا كان مأذوناً لأن الرهن والإرتهان من توابع التجارة فالصبي المميز المأذون بالتجارة يكون مأذوناً أيضاً بتوابعها (أنظر المادة ٩٦٧).

مثلاً كما أن بيع الصبي المميز مالاً نافذاً فاستيفاؤه ثمن المبيع من المشتري أيضاً صحيح ومعتبر. والإرتهان هو حكم استيفاء الدين واستيفاء الصبي المميز حكماً جائزاً كاستيفائه الحقيقي فإذا اشترى الصبي المميز المأذون مالاً وأوفى ثمن المبيع للبايع يصح ذلك. والرهن حكماً هو إيفاء الدين. والإيفاء حكماً جائز كالإيفاء حقيقة ولكن إذا كان غير مأذون يبقى موقوفاً على الإجازة كما سيأتي توضيحه ورهن الصبي المميز وارتهانه جائزان سواء أكان مأذوناً أم غير مأذون وفي هذه الصورة ينظر: إذا كان مأذوناً فكما أن رهنه وارتهانه جائزان فهما نافذان أيضاً وإن كان غير مأذون فرهنه وارتهانه جائزان ولكنهما غير نافذين بل موقوفان على إجازة الولي أو الوصي فإن اجازهما نفذا وإلا انفسخا كما هي الحال في بيع الصغير المميز وشرائه على ما جاء في المادة (٩٦٧).

وسبب توقف تصرفات الصغير المميز على الإذن هو لأن الصبي متى صار مميزاً يحتمل حصول الضرر في تصرفاته نظراً لنقص عقله وإن لم يكن التصرف نافذاً بلا إذن فعندما يقترن بالإذن ترجح جهة المصلحة والمنفعة إذ أن الولي أو الوصي يكون دقق معاملة الرهن وتيقن المنفعة منها أنظر المادة (٥٨)(أبو السعود في الحجر).

ولما كان رهن الصغير غير المميز والمجنون باطلين فيمكن وليهما أو وصيهما الإرتهان لأجلهما.

وينقسم رهن الولي أو الوصي وارتهانهما إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول- الرهن والارتهان للصغير وإيضاحه في ضابطين:

الضابط الأول- إن حق التصرف في مال الصغير راجع للأشخاص المحررة في المادة (٩٧٤) فالأب يمكنه رهن مال الصبي لأجل دين الصبي وعند عدم وجود الأب تعود هذه الصلاحية على وجه الترتيب المحرر في المادة المذكورة إلى الوصي المختار والجد الصحيح للأب بتولى طرفي العقد ولذلك كما أنه يجوز للأب أن يرهن عند نفسه مال ولده الصغير مقابل الدين الذي له بذمة الصغير يمكنه أن يرهن مال أحد صغيريه عند الآخر أيضاً يعني. أن الأب يقدر أن يتولى كلا طرفي عقد

الرهن وأما الوصي فلا يمكنه أن يتولى طرفي العقد. مجمع الأنهر والبزازية (أنظر شرح المادة ١٦٧) وكذلك يمكن الأب أن يرهن ماله ويحبسه لأجل ولده الصغير مقابل الدين الذي بذمته للصغير والوصي لا يمكنه ذلك إنما رهن الوصي وارتهانه لأجل الصبي أو التركة جائزان.

مثلاً إذا استقرض الوصي دراهم لأجل نفقة الصغير ورهن مال الصغير مقابل ذلك فكما أنه يكون صحيحاً يجوز أيضاً أن يتعاطى التجارة لأجل الصغير. ان يرهن ويرتهن لحساب الصغير (الهندية في الباب الأول والفصل الخامس) فلهذا السبب إذا استقرض وصي المتوفي دراهم لأجل نفقة الورثة ورهن مالاً من أموال الورثة مقابل ذلك فإن كانوا صغاراً صح ذلك وفي هذه الصورة لا يمكن الصغير أن ينقض الرهن ويسترد المرهون عند بلوغه إلا إذا أوفوا الدين بتمامه (أنظر المادة ٧٢٩). وإذا كان بعض الورثة كباراً وبعضهم صغاراً تنفذ الاستدانة وتجوز على الصغار فقط وإذا كان الورثة كلهم كباراً لا يصح الرهن والاستقراض كلاهما سواء أكان الورثة حاضرين أم غائبين (أنظر شرح المادة ٧٠١) (الهندية في الباب الأول والفصل الخامس).

ومن هذه الجهة إذا استدان الوصي ورهن لأجل نفقة حيوانات الورثة فإن كانوا صغاراً يصح الرهن والاستدانة كلاهما وإن كان البعض منهم كباراً والبعض منهم صغاراً فالاستدانة والرهن يكونان صحيحين بحق الصغار فقط عند الإمامين ولا يصحان بحق الكبار ولهذا السبب أيضاً. إذا استقرض الوصي لأجل نفقة دواب الورثة ورهن مقابله فإن كان الورثة كباراً وغائبين فالاستدانة والرهن جائزان وإن كانوا كباراً وكان البعض منهم غائباً والبعض حاضراً فالمعاملة تصح بحق الغائبين فقط عند الإمامين ولا تصح بحق الحاضرين ولكن إذا كان جميع الورثة كباراً وحاضرين فلا تجوز الاستدانة ولا الرهن «من المحل المزبور».

وليس بامكان الوصي أن يتولى جهتي الإيجاب والقبول من الرهن كالأب بناء عليه لا يجوز للوصي أن يرهن مال الصغير عند نفسه مقابل الدين الذي له عند الصغير ولا أن يرهن مال أحد الصغيرين عند الآخر (زيلعي).

فالفرق بين الاب والوصي: أن الأب نظراً لوفور شفقته ينزل منزلة شخص وتقوم عبارته مقام عبارتين عند بيع مال الصغير لنفسه. وإن يكن الأصل عدم تولي الواحد طرفي العقد فقد استثني الأب. وأما الوصي فلا يعدل لأجله عن الحقيقة نظراً لقصور شفقته.

بناء عليه لا يمكن الوصي أيضاً أن يرهن مال الصغير مقابل ما على الصغير من الدين لولده الصغير لأن الوصي وكيل محض ولا يجوز للواحد أن يتولى طرفي العقد كما هي الحال في البيع «مجمع الأنهر».

ولكنه يمكنه أن يرهن مال الصغير لابنه الكبير أو لابيه مقابل الدين الذي لهما لأنه لا ولاية للوصي على ابنه الكبير ولا على ابيه كما هو في البيع أنظر المادة ١٤٩ وفي الرهن ليس من تهمة أيضاً.

الضابط الثاني- ليس لغير الأشخاص المحررة في المادة«٩٧٤» حق التصرف في أموال الصغير.

ولذلك لا يجوز رهن الأم مال صغيرها ما لم تكن وصية أو مأذونة أي وكيلة من قبل الأشخاص المرقومة. أنظر الفقرة الأخيرة من المادة ٩٧٤ المار ذكرها.

إذا أعطى الحاكم الاذن لأم الصغير برهن ماله يصح ذلك الرهن وإذا رهنت الأم مال صغيرها بلا اذن ووكلت شخصاً في بيع الرهن على الوجه الذي ذكر في المادة ٧٦٠ يصح البيع المذكور ان أجاز الحاكم الرهن والتوكيل ويكون الوكيل وكل من طرف الحاكم. أنظر المادة ١٤٥٣(رد المحتار قبيل فصل في شهادة الأوصياء).

وفي هذه الصورة إذا عزل القاضي الذي أجاز الرهن والبيع وتولى القضاء غيره فإن ثبتت بحضوره اجازة القاضي الأول الرهن والبيع ينفذ الرهن والبيع والا يردهما ويبطلهما. هذا فيما لو كان منفعة للصغير في الرد والإبطال (الهندية في الفصل الخامس من الباب الأول).

رهن المريض- لا يشترط أن لا يكون الراهن مريضاً بمرض الموت.

وعليه فإن رهن المريض صحيح وتثبت فيه أحكام الرهن. ومتى زادت قيمة الرهن عن الدين الذي قابله لا تحسب تلك الزيارة تبرعاً لأن المريض يكون قد أودع ماله ليد الأمين إنما رهن المريض لا ينفذ على سائر الغرماء لأن المريض بهذا الرهن يكون أوفى حكماً مطاليب الغرماء ترجيحاً وهذا غير جائز بحكم المادة (١٦٠٤) (البزازية في الثالث).

بناء عليه إذا مات المريض وديونه زائدة على متروكاته أدخل الدائنون الرهن في قسمة الغرماء حسب المادة(٧٢٩) ولا يكون المرتهن أحق من غيره في الرهن (البهجة)

القسم الثاني- رهن الأب والوصي والجد مال الصغير مقابل ديونهم.

رهن الأب والوصي والجد مال الصغير مقابل ديونهم جائز استحساناً. فإذا رهن الأب مال الصغير مقابل مبلغ استقرضه لنفسه وللصغير يجوز ذلك لأن هؤلاء مقتدرون على إيداع مال الصغير فبطريق أولى يكونون مقتدرين على رهنه لأن الوديعة إذا تلفت ليست مضمونة وأما الرهن إذا هلك فهو مضمون بالدين كما سيأتي الكلام عليه قريباً. فقط حيث أن هذا الرهن هو أداء الأب دينه من مال الصغير فلم يَجُزْ قياساً لكن يوجد فرق بين الرهن والإيفاء فحقيقة الإيفاء تفيد الإزالة في الحال بملك الصغير بدون عوض مقابل وأما الرهن فمع بقاء ملك الصغير يتضمن نصب حافظ لأجل حفظ ماله«الهداية، العيني، والكفاية».

وعليه متى صح هذا الرهن لا يمكن الصغير أن يسترد الرهن عند بلوغه قبل أن يوفي الدين إنما يؤمر الراهن بأداء الدين وإعادة الرهن إلى صاحبه. وإذا تلف الرهن المذكور بيد المرتهن فكما سيذكر في لاحقة شرح المادة (٧٤١).

انه يسقط الدين ويضمن الأب أو الوصي قيمة الرهن بمقدار الدين لا بما زاد عنه لأن الزيادة أمانة ووديعة بيد المرتهن وللأب والوصي ولاية على إبداع مال الصغير (الزيلعي).

مثلاً لو كانت قيمة المال الذي رهن مقابل ألف قرش ألفي قرش وسقط الدين لهلاك الرهن بيد المرتهن فيضمن الأب أو الوصي من قيمة الرهن مقدار ألف قرش فقط لأنه أوفى دينه بمال الصغير وليس بما زاد عنه (الكفاية ولسان الحكام). وذهب الأنقروي إلى أنه إذا رهن الأب مال ابنه الصغير وقيمة أزيد من الدين فهلك الرهن يضمن قدر الدين دون الزيادة ولو كان وصياً ضمن جميع قيمته. ولو مات الأب قبل أن يفي الدين ويستخلص الرهن يمكن الصغير أن يفي تمام الدين ويستخلص المال من الرهنية ولا يمكن استرداده قبل أن يدفع الدين بتمامه. لأن تعرف الولي والوصي لازم ونافذ (الكفاية والأنقروي) لا يعد الصبي المرقوم متبرعاً في التأدية فيرجع على تركة الأب. لأن الصغير المذكور- كمعير الرهن- مجبور على التأدية. أنظر المادة (٧٣٢) وشرحها.

وإذا رهن الأب والوصي مال الصغير لشخص مقابل دين نفسه وبعد أن سلمه إياه وكله ببيع الرهن وباعه الوكيل يضمن الأب والوصي مال الصغير (الهداية والعين والزيلعي).

ولا يجوز للأب أن يرهن مال ابنه الكبير مقابل دين نفسه ما لم يأذنه ذلك أنظر المادة (٩٦). لأنه ليس للأب ولاية على ابنه الكبير.

القسم الثالث- رهن الوصي وارتهانه بالوصية مقابل ماله وما عليه فعليه يمكن الوصي أن يأخذ رهناً مقابل مطلوب المتوفي. ولو كان جميع الورثة كباراً لأن أخذ الرهن بهذه الصورة استيفاء الدين حكماً والوصي كما أنه مقتدر على الاستيفاء الحقيقي فهو مقتدر على الاستيفاء الحكمي أيضاً(أدب الأوصياء).

وإذا تلف الرهن بيد الوصي بلا تعد ولا تقصير وسقط الدين على ما ذكر مفصلاً في لاحقة شرح المادة (٧٤١) لا يلزم على الوصي ضمان أنظر المادة(٩١) ويقوم الوصي مقام المتوفي بإمساك الرهن الذي أخذه المتوفي بمال حياته ولو كان المتوفي وكيلاً لبيع الرهن حسب المادة (٧٦٠) فلا يجوز للوصي بيعه ما لم يأذنه الراهن بذلك أنظر المادتين (١٥٢٩و ١٤٥٢).

وكذلك يمكن الوصي أن يرهن مال التركة مقابل دين المتوفي لأن الوصي يقوم مقام المتوفي في حوائجه الأصلية وإيفاء الدين من حوائج الميت الأصلية. إنما لا يجوز للوصي أن يرهن مال المتوفي لبعض الدائنين مقابل دين المتوفي فإذا فعل يكون متوقفاً على رضاء بقية الدائنين فإن شاءوا نقضوا الرهن لأنه بهذه الصورة يحصل ترجيح لبعض الغرماء على غيرهم بالإيفاء الحكمي. كما أنه لا يجوز الترجيح بالإيفاء الحقيقي ولا يجوز أيضاً بالإيفاء الحكمي (الهندية في الباب الأول وفي الفصل الخامس وأدب الأوصياء في الرهن) ما لم تُوفَ ديون سائر الدائنين كاملة وحينئذ يصح الرهن المذكور نافذاً أنظر المادة «٢٤» (البزازية في الباب الثالث في الضمان).

ولا يمكن الوصي أن يرهن مال اليتيم مقابل دين الورثة الكبار لأن الوصي يكون بذلك تفرق

بما هو ممنوع عنه وإذا رهن الوصي مال المتوفي عند الورثة ومقابل الدين الحاصل على الورثة فإذا كان بين الورثة كبار وصغار وكانوا حاضرين فلا يجوز ذلك الرهن بالإتفاق لا على الكبار ولا على الصغار يعني لا يجوز بحق كلا الطرفين لأن ذلك يوجب مشاعية الرهن في نصيب الكبار والفساد الذي يحصل من هذه الجهة يسري إلى الكل.

وسنختم هذا البحث ببيان ثلاث مسائل متعلقة برهن الوارث الكبير مالاً من أموال التركة.

أولاً- إذا رهن الوارث الكبير المنحصر الإرث فيه مالاً من التركة مقابل دينه ينظر: فإذا لم يكن دين على التركة يصح وإذا وجد دين فيبطل الرهن بناء على مراجعة الدائن ويباع الراهن ويوفى الدين من ثمنه ولكن إذا أوفى الوارث المذكور الدين جاز الرهن أنظر المادة (٢٤).

ثانيا- ان الدين الذي كان مانعاً لصحة الرهن كما ذكر في المسألة السالفة هو دين التركة الموجود حين الرهن والتسليم وأما الدين الحاصل على التركة بعد الرهن والتسليم لا يكون مانعاً لصحة الرهن. مثلاً لو باع المتوفي في حال حياته لآخر مالاً وبعد أن قبض الثمن توفي وبعد أن رهن الوارث مالاً من التركة عند آخر وسلمه إياه رد المشتري المبيع بخيار العيب واستحصل حكماً باسترداد الثمن التركة فالدين الذي طرأ بهذه الصورة على التركة لا يخل جواز الرهن السابق لأنه حيث لم يوجد دين على التركة وقت الرهن والتسليم فالمرهون يكون خالياً من حق الغرماء وملك الراهن المستقل ولذلك ترتب عليه حق المرتهن ولحوق الدين لا يخل بحق المرتهن ولا يبطله.

ثالثاً- ان ضبط المبيع بالاستحقاق أو كونه مالاً غير متقوم لا يشبه مسألة الرد بخيار العيب التي صورت آنفاً. لأنه بعد أن رهن الوارث مالاً من التركة وسلمه للمرتهن ضبط المال الذي باعه المتوفي حال حياته من قبل مستحق من يد المشتري ووجب رد ثمنه من التركة أو إذا وقع أحد في الحفرة التي حفرها المتوفي في الطريق العام بغير حق ومات لزمت دينه من التركة ولو أن الرهن لا يبطل وإنما يضمن الراهن المذكور قيمة الرهن والوصي كالوارث في الأحكام المذكورة (الهندية في الباب الأول والفصل الخامس).

﴿المادة ٧٠٩﴾ يشترط أن يكون المرهون صالحاً للبيع فيجب أن يكون موجوداً وقت العقد ومالاً متقوماً ومقدور التسليم .

يعني أن الشيء المراد رهنه يجب أن يكون صالحاً للبيع لأجل صحة الرهن لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين منه ولا يمكن الاستيفاء من الشيء غير الصالح للبيع (الهداية فيما يجوز ارتهانه وما لايجوز).

بناء عليه يشترط أن يكون المرهون- مثل المبيع موجوداً وقت عقد الرهن ومالاً ومتقوماً ومعلوماً ومقدوره التسليم.

فهذه المادة شاملة حكمين وبعض المسائل تتفرع على الحكم الأول وبعضها على الحكم الثاني وعليه يلزم تفصيل هذه الأحكام.

الحكم الأول: هو ان كل شيء كان صالحاً للبيع يعني موجوداً وقت العقد ومالاً متقوماً ومعلوماً ومقدور التسليم يجوز رهنه.

فالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات ترهن مقابل أجناسها وخلاف أجناسها فإذا رهنت مقابل جنسها وهلكت فتهلك بالدين الذي هو مقابلها ولا ينظر لجودتها (منلا مسكين).

مثلاً إذا رهن شخص عند آخر خمسين كيلة من الحنطة الاعتيادية وسلمه إياها واستقرض مقابلها خمسين كيلة من الحنطة الجيدة لأجل البذر وبعد أن قبضها هلكت بيده يسقط الدين ولا يمكن للمقرض أن يدعي بأن الحنطة التي أقرضها هي من الجنس الجيد وقيمتها زائدة وأن يطالب بزيادة حنطة أو زيادة دراهم.

فالحكم الأول هذا صادق كقضية كلية يعنى يمكن القول أن كل مرهون صالح للبيع ولكن عكسها لا يكون صادقاً كقضية كلية يعني لا يمكن القول أن كل ما كان صالحاً للبيع يكون صالحاً للرهن لأن بيع المشاع والمشغول جائز ورهنه غير جائز وبيع الشاغل المتصل بغيره جائز ورهنه فاسد وسيأتي الكلام على كل هذا في شرح المادة الآتية مع انه إذا رهن شخص الحمل الموجود على ظهر الحيوان وسلم الحيوان مع الحمل إلى المرتهن فالحيوان يكون مرهوناً أيضاً مع الحمل (الأنقروي).

الحكم الثاني: كل شيء غير صالح للبيع لا يجوز رهنه يعني يكون رهنه فاسداً أو باطلاً.

فإذا كان المرهون مالاً وكان مقابله مضموناً وبعض شرائط الجواز مفقوداً يكون الرهن فاسداً. وإذا لم يكن المرهون مالاً ومقابله مضموناً يكون الرهن باطلاً (الشربنلالي).

وتتفرع المسائل الآتية على هذا الحكم:

أولاً- إذا لم يكن المرهون مالاً كالميت وبني آدم الذي هو حر أو كان معدوماً وقت العقد فالرهن باطل لأنه ذكر في المواد (٢٠٥و ٢٠٩و ٢١١) أن بيع المعدوم والمال غير المتقوم وغير المقدور التسليم باطل.

ثانياً- رهن الدين غير جائز ابتداء (رد المحتار في باب التصرف في الرهن). قيل ابتداء لأن رهن الدين انتهاء جائز كما سيذكر في شرح المادة (٦٧٠).

ثالثاً- كما أن رهن العنب الذي سيحصل هذه السنة من الكرم أو الخرفان التي ستلدها الغنم باطل كذلك رهن المباحات قبل الإحراز كالصيد والحطب غير المحرز باطل أيضاً لأن الصيد والحطب قبل الإحراز ليس بمال أحد أنظر مادتي (١٢٤٧و ١٢٤٣).

رابعاً- يشترط أن يكون المرهون معلوماً فإذا كان مجهولاً لا يصح الرهن. كما هي الحال في البيع. أنظر المادتين (٢٠٠ و٢١٣). بناء عليه إذا أعطى شخص لآخر (درهمين) قائلاً له: خذ منهما

الذي تختاره واجعله رهناً عندك مقابل الماية قرش التي لك دين علي وفعل ذلك يعني إذا لم يعين أيهما هو المرهون ودون أن يختار أحدهما وهلك الدرهمان بيد المرتهن فعند الإمام ابي يوسف لا يلزم على المرتهن شيء ولا يسقط شيء من الدين (عبد الحليم، الخانية رد المحتار قبيل باب الرهن) وجعل هذا بمنزله رجل عليه عشرون درهماً فدفع المدين إلى الطالب ماية درهم وقال خذ منها عشرين درهماً فقبضها فضاعت من يده قبل أن يأخذ منها عشرين درهماً فتكون ضاعت من مال المدين والدين على حاله.

خامساً- إذا أعطى الراهن للمرتهن دينارين وقال له خذ أحدهما رهناً فالحكم عند الإمام ابي يوسف على الوجه المشروع (رد المحتار في المحل المزبور) ولو دفع إليه ثوبين وقال خذ أحدهما رهناً بدينك فأخذهما وقيمتها على السواء. قال محمد رحمه الله تعالى يذهب نصف قيمة واحد منهما بالدين إن كان مثل الدين (الخانية).

وإذا أعطى شخص للآخر ماية قرش وقال خذ منها دينك البالغ عشرين قرشاً وتلف المبلغ المذكور بيد الآخر قبل أن يخرج مطلوبه منه بلا تعد ولا تقصير فلا يسقط مطلوبه العشرون قرشاً (رد المحتار في المحل المزبور، الخانية).

وإذا شهد الشهود بقولهم رأينا أن الراهن رهن الشيء المجهول وسلمه لا تقبل شهادتهم (البزازية في الخامس من الشهادة) ولكن تقبل الشهادة الواردة على إقرار الرهن المجهول كما لو ادعى الراهن بأنه رهن كذا مالاً وسلمه وشهد الشهود بأن المرتهن أقر بارتهانه مالاً ولم يصفوا أو يعينوا المرهون فتقبل شهادتهم ويجبر المرتهن على بيان المال أنظر المادة (١٥٧٩) والقول في هذا قول المرتهن (الهندية في الباب الثاني عشر من الرهن).

كما لو أن المرتهن بعد إقراره أخذ مال رهناً أبرز درهماً وقال هذا هو الرهن فالقول قول المرتهن مع اليمين (البزازية في الفصل الخامس من الشهادة).

سادساً- يشترط أن لا يكون المرهون مجهولاً بدرجة تفضي إلى المنازعة في صدد الضمان. بناء عليه إذا رهن شخص رأسي غنم مقابل ثلاثين ذهباً وشرط أن يكون الواحد منهما مرهوناً مقابل عشر ذهبات والآخر مقابل عشرين ذهباً ولم يصرح أيهما المرهون مقابل العشر وأيهما مقابل العشرين يكون الرهن فاسداً لأنه عند هلاك أحد رأس الغنم لا يعلم وجه الضمان ولا يعلم أيضاً أيهما يجب استرداده إذا أوفى الدين العشرين ذهباً مثلاً (أبو السعود جاشية الكنز).

ولا يشترط في صحة الرهن أن يكون المرهون ملك الراهن.

وبناء على ذلك يجوز للشخص أن يرهن مال الآخر بإذنه ويطلق على هذا الرهن المستعار كما له أن يرهنه بدون إذنه بالولاية أو بالوصاية أنظر شرح المادة (٧٠١) والمادة (٧٠٨) (الهندية في الباب الأول في الفصل الأول من الرهن).

﴿المادة ٧١٠﴾ يشترط أن يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً فيجوز أخذ الرهن لأجل المال المغصوب ولا يصح أخذ الرهن لأجل مال هو أمانة.

يشترط لصحة الرهن أن يكون الحق الذي هو مقابل المرهون مالاً ومضموناً بنفسه أي أنه يشترط لصحة الرهن أن يكون الحق الذي هو مقابل المرهون جامعاً صفتين الأولى أن يكون مالاً والثانية أن يكون مالاً مضموناً بنفسه.

فكل حق وجدت فيه هاتان الصفتان يصح الرهن مقابله وأما إذا لم توجد فيه الصفتان أو فقدت صفة واحدة فالرهن الذي مقابله لا يصح.

ويستفاد حكمان من هذه المادة:

الحكم الأول: إذا كان مقابل المرهون مالاً مضموناً فالرهن صحيح بناء عليه يجوز أخذ الرهن لأجل الدين والمسلم فيه ورأس مال السلم والثمن الصرف، وبدل الصلح عن دم العمد والدية والأرش وبدل الإجارة كما أنه يجوز ويصح أخذ الرهن أيضاً لأجل الأعيان المضمونة بمثلها أو بقيمتها مثل المال المقبوض بطريق سوم الشرا مع تسمية الثمن (الدرر، الدر المختار، رد المحتار، العيني، والزيلعي) لأن المال المغصوب مضمون بنفسه كما ورد بيانه في المادتين (٨٩٠ و٨٩١) يعني يلزم تسليمه عيناً إن كان موجوداً وتلزم قيمته إذا كان من القيميات ويلزم مثله إن كان من المثليات عند استهلاكه وهاك تفصيل هذه الأحكام.

فحكم الرهن مقابل الدين ذكر إجمالاً في شرح المادة (٧٠٩) ويفصل في لاحقة شرح المادة (٧٤١) أيضاً وورد بعض التفصيلات في شرح المادة (٧٠١) بخصوص الرهن مقابل بدل الإيجار وذكر أنه يجوز أخذ الرهن من المستأجر مقابل بدل الإيجار.

الرهن مقابل المسلم فيه- إذا هلك الرهن المأخوذ مقابل المسلم فيه بيد المرتهن سواء أكان ذلك قبل الافتراق أم بعده فلا يبطل عقد السلم. لأنه لا يشترط قبض المسلم فيه في المجلس فإذا تلف الرهن المذكور بهذه الصورة بيد المرتهن بعد الافتراق يكون المرتهن استوفى المسلم فيه هذا إذا كان الرهن كافياً للمسلم فيه ويكون في هذه الحالة السلم تاماً. (الزيلعي ، وشبلي، وشرح المجمع).

الرهن مقابل البدل الصرف ورأس مال السلم- ان الرهن المأخوذ مقابل البدل الصرف ورأس مال السلم إذا هلك بيد المرتهن قبل الافتراق يعد المرتهن استوفى البدل الصرف ورأس مال السلم. هذا إذا كان بدل المرهون كافياً للبدل الصرف ورأس مال السلم لأن القبض يكون موجوداً في المجلس الذي عقد فيه السلم والصرف وإذا هلك بعد الافتراق يكون الصرف والسلم باطلين إذ لا يكون راس مال السلم وبدل الصرف قبضاً في مجلس العقد حقيقة كما هو مشروط ولا يكونان قبضاً أيضاً حكماً.

استثناء- لا يجوز إعطاء رهن مقابل ثمن مبيع بقي في يد البايع ولم يسلم للمشتري بعد وللمشتري حق في استرداد الرهن المذكور لأن المبيع مضمون بالثمن قبل التسليم.

مثلاً إذا باع شخص لآخر حصاناً مقابل عشر ذهبات وقبل أن يسلمه للمشتري رهن مقابل الثمن المذكور ساعة بقيمة عشر ذهبات لا يصح الرهن وفي هذه الصورة إذا تلفت الساعة المذكورة في يد البائع وكانت قيمة المبيع والمرهون متساوية كما هو محرر تضمن بعشر ذهبات (الخانية).

الحكم الثاني: إذا لم يكن مقابل الرهن مالاً مضموناً لا يصح الرهن فيكون إما باطلاً وفي هذا التقدير إذا هلك الرهن المذكور بيد المرتهن يهلك مجاناً لأن الرهن لا يفيد حكماً البتة (أو فاسداً) وتفصيله يأتي قريباً والفقرة الأخيرة من المادة (لا يصح الرهن لأجل مال هو أمانة) تتفرع عن الحكم الثاني.

ولا يصح أخذ الرهن للأشياء التي ليست بمال كالكفالة بالنفس والشفعة والقصاص والعيب الموجود في المبيع والنقد المزيف الموجود بين الدين الذي قبضه الداين والكفالة بالدرك ولا يجوز أخذ الرهن أيضاً لإنسان حر وثمن الجيفة والقمار والرشوة فإذا رهن مال مقابل الأشياء المذكورة يكون الرهن غير صحيح وباطلاً. لأنه بناء على المادة (٢١٠) يكون البيع الذي هو من هذا القبيل باطلاً ولا يلزم فيه الثمن على المشتري والرهن المذكور يكون أيضاً باطلاً (الهندية في الفصل الثالث من الباب الأول وفي الباب الثالث).

كما أنه إذا استؤجرت النائحة والمغنية وأعطى رهن مقابل أجرتها لا يصح الرهن وإذا تلف الرهن بيد المرتهن لا يلزم الضمان (الفيضية والأنقروي). ولنفصل الآن أحكامها.

الرهن مقابل الكفالة بالنفس- إذا رهن الكفيل بالنفس مالاً عند المكفول له بناء على أن يسلمه إلى المكفول عنه فالرهن باطل كما أنه إذا كفل شخص نفس آخر على أن إذا لم يسلمه لزيد لحد سنة من الزمان يكون ضامناً دينه لزيد ثم أعطى الشخص المذكور رهناً مقابل ذلك الدين فالرهن باطل. لأنه لم يلزم بعد على المكفول عنه دين. وكذا إذا قال إن مات ولم يؤدك فهو علي ثم اعطاه عمرو رهناً لم يجز (رد المحتار) الرهن مقابل الدرك- ذكر في شرح المادة (٧٠١) أن الرهن مقابل الدرك باطل.

الفرق بين الكفالة بالدرك والرهن بالدرك: قد مر في المادة (٦٣٨) أن الكفالة بالدرك صحيحة وحيث أن الرهن بالدرك غير صحيح صار من المقتضى إظهار الفرق بينهما. فالفرق هو هذا: جعل الرهن مشروعاً لأجل الإستيفاء. ولا يكون استيفاء قبل الوجوب لأن قسماً من ضمان الدرك عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع. مع أن الضمان المذكور لكونه مضافاً لوجوب الدين فلا يصح الرهن. وأما الكفالة فهي عبارة عن التزام المطالبة وليست عن التزام الدين وعليه الإضافة فيها جائزة ولهذا ان الكفالة لما سيثبت في ذمة فلان من الدين جائزة والرهن لا يجوز مقابل الدين الذي سيثبت عند فلان (الكفاية والزيلعي) وكذلك لا يجوز أخذ الرهن لأجل الأشياء التي

هي أمانة صرفة وغير مضمونة بنفسها كالمبيع قبل القبض والمأجور والوديعة والعارية ومال المضاربة ومال الشركة فإذا أخذ الرهن لأجل هذه الأشياء يكون باطلاً (رد المحتار). لأنها غير مضمونة، والضمان كما جاء في المادة (٤١٦) هو رد بدل الهالك مثلاً إن كان من المثليات ورد قيمته إن كان من القيميات. ولما كانت الأمانة المذكورة موجودة بعينها لزم ردها عيناً وكما أنه لا يمكن استيفاؤها من الرهن لا يلزم شيء مقابلها عند تلفها حتى يستوفى من الرهن. وأما إذا استهلكت الأمانات المذكورة أو أتلفت بتعد وتقصير لا تبقى أمانة وتصير مضمونة (رد المحتار الزيلعي والكفاية) مع أن الرهن الواقع هو مقابل الأمانة وليس مقابل المضمون فبناء عليه لا يمكن القول بأن الرهن يكون صحيحاً بعده.

الرهن مقابل المبيع قبل القبض: إذا اشترى شخص من آخر ساعة وقبل أن يقبضها اعطاه البائع مقابلها رهناً فلا يصح وحسب بيان الزيلعي وصاحب الكفاية الرهن باطل. ولهذا السبب إذا تلف الرهن المذكور في يد المشتري يكون قد تلف بغير شيء ولا يلزم المشتري منه شيء (الشبلي) ولكن الإختيار والكرماني والخانية ذكروا أن الرهن المذكور فاسد على هذا الفتوى (رد المحتار). وإذا اشترى الرجل سيفاً وأخذ من البائع رهناً بالسيف فهلك عنده كان عليه الأقل من قيمة الرهن ومن قيمة السيف (الخانية والأنقروي).

فعلى هذا الوجه إذا عد الرهن مقابل المبيع قبل القبض فاسداً وحيث أن أحكام الرهن الصحيح تجري في الرهن الفاسد فيكون الرهن المذكور مضموناً بالأقل من قيمته ومن قيمة العين أي المبيع (ابو السعود).

وهذا الوجه محرر في الخانية كما ذكر آنفاً.

الرهن مقابل الوديعة ومال المضاربة: إذا أخذ شخص من آخر رهناً لأجل المبلغ الذي أعطاه إياه بطريق الوديعة أو المضاربة فهذا الرهن باطل. (فتاوى ابن نجيم) حتى أن المرتهن إذا لم يحبس رهناً كهذا ولم يأخذ الأمانة التي هي مقابله تمسكاً بالمادة (٧٢٩) يجبر على رد الرهن للراهن عند الطلب أنظر المادة (٩٧) وشرحها. وبناء عليه إذا أراد الراهن أن يسترده فامتنع المرتهن وتلف بيده يكون مضموناً على المرتهن استناداً للمادة (٩٠١). وإذا تلف في يد المرتهن قبل الطلب يكون هلك أمانة ولا يسقط الدين. لأن الرهن المذكور باطل والرهن الباطل لا حكم له.

الرهن مقابل العارية: مثلاً إذا اشترط واقف الكتب عدم اخراجها من المكتبة بدون رهن فهذا الشرط باطل لأن هذه الكتب تكون أمانة بيد من أخرجها وبتقدير هلاكها لا تستوفى من الرهن. ولكن نظراً لوجوب مراعاة شرط الواقف يجب أن يحمل الرهن هنا على معناه اللغوي وهو عبارة عن التذكر أي أن يتذكر خازن الكتب لزوم وضع الرهن الذي أخذه في المكتبة ويطالب به المستعير بالكتاب المرهون به (رد المحتار في باب التدبير وفي الرهن).

إيضاحات- ذكر شرحاً (لأجل نفس الأمانة). لأن أخذ الرهن من المستعير مقابل العارية

التي يحتاج ردها إلى حمل ومؤنة إلى المعير صحيح ولكن لا يصح أخذ رهن لأجل رد المستعير بذاته. والحكم في الخياطة أيضاً على الوجه المحرر.

والحاصل إذا استؤجر أجير لأجل الخياطة ونقل الحمولة فإن كان الاستئجار واقعاً على مطلق الخياطة ومطلق نقل الحمولة يصح أخذ الرهن لأجل ذلك من الأجير وأما إذا كانت الإجارة عقدت على أن يخيط بذاته وينقل الحمال بنفسه أو على دابة معينة فلا يصح أخذ الرهن لأجله وقد ذكر في لاحقة شرح المادة (٦٣١) أن الحكم في الكفالة أيضاً على الوجه المحرر آنفاً.

الخلاصة: كما ذكر في شرح المادة (٦٣١) أن الأعيان على ثلاثة أقسام.

الأول: الأعيان المضمونة بنفسها.

الثاني: الأعيان المضمونة بغيرها.

الثالث: الأعيان غير المضمونة.

فالرهن مقابل القسم الأول صحيح والرهن مقابل الثاني والثالث باطل وإذا هلك المرهون في يد المرتهن قبل المنع لا يلزم شيء على المرتهن بهلاكه وإذا هلك بعد المنع يضمن المرتهن كل بدله بضمان الغصب أنظر المادة (٨٩١). (الخانية).

لاحقة

وهي تحتوي على ثلاثة مباحث

المبحث الأول

في شروط عدم فساد الرهن

مسألة (١): المرهون على ما جاء في المادة (٧٠٩) مال ومضمون بحسب المادة (٧١٠) في الشيء الذي هو مقابله فقط إذا لم توجد بعض شروط الجواز يكون الرهن فاسداً كرهن المشاع ورهن المشغول. فإذاً رهن المشاع ورهن المشغول فاسد لأن شرط الانعقاد موجود وشرط الصحة غير موجود فكل موضع لم يكن المرهون فيه مالاً ولا مقابله مضموناً فالرهن لا ينعقد أصلاً كما سيفهم واضحاً من المسائل الآتية:

مسألة (٢): يشترط في الرهن ألا يكون معلقاً على شرط ولا مؤجلاً بوقت. بناء عليه تأجيل الرهن يفسده. لأن حكم الرهن دوام الحبس لحين استيفاء الدين والتأجيل مناف لذلك ولكن تأجيل الدين صحيح. (رد المحتار).

مسألة(٣): يلزم ألا يكون الرهن مشغولاً بحق الراهن فبناء على هذا إذا رهنت الشجرة بدون الثمر أو الأرض بدون الشجر الذي عليها أو الأرض بدون الزرع يعني إذا صرح عدم دخول هذه الأشياء في الرهن ورهنت الأرض والشجرة فلا يكون الرهن صحيحاً. وعلى هذه الصورة متى كان المرهون متصلاً بغيره فلا يصح الرهن. لأنه يتعذر إذ ذاك قبض المرهون مستقلاً ولكن إذا رهنت الأرض وسكت عن الزرع الذي عليها فيدخل الزرع في الرهن بناء على المادة (٧١١) لأن الزرع متصل بالمرهون (شرنبلالي).

وكذلك أيضاً إذا رهن شخص داره وهو موجود أو متاعه موجود فيها وسلمه إياها مشغولة على هذه الصورة فلا يصح ويلزم تسليم جديد بعد التخلية (الأنقروي). مثلاً لو رهن شخص داره عند آخر وهو والمرتهن جالسان فيها وقال الراهن للمرتهن إني سلمتك إياها وقبل المرتهن قائلاً إني تسلمتها لا يتم الرهن بذلك.

ولهذا السبب أيضاً لا يجوز لشخص أن يرهن جوالق وأمواله وامتعته موجودة فيها مقابل دينه فإذا رهنها وسلمها مشغولة بهذه الصورة لا يجوز الرهن ولكن إذا الراهن أودع أولاً عند المرتهن الأشياء الموجودة في الدار التي رهنت ثم سلمها مع الأشياء المذكورة فالرهن والتسليم صحيحان.

(الخانية) إنما انشغال الرهن بحق غير الراهن لا يمنع جواز الرهن. بناء عليه يصح رهن دار مشغولة بمتاع شخص غير الرهان (رد المحتار).

مسألة (٤): يلزم لعدم فساد الرهن أن لا يكون مشاعاًوقت القبض لأن موجب الرهن حبس الرهن إلى أن يستوفي المرتهن دينه وهذا المعنى غير متصور في المشاع لأن اليد في المشاع ثانية في جزء معين يعني في القسم المرهون من المشاع فلو جاز الرهن في هذه الصورة لوجب أن يمسك المرتهن بحكم الرهن المرهون يوماً ويعيده إلى الراهن يوماً (شبلي وابو السعود).

سواء أكان المرهون قابلاً للتقسيم أم لا وسواء أرهن عند الشريك أم عند الأجنبي وسواء أكان الشيوع طارئاً أم مقارناً.

الشيوع الطاري هو بعد أن يرهن مالاً بكامله فسخ الرهن في جزء منه (لسان الحكام). فعليه رهن نصف الدار أو الحيوان الشائع فاسد (رد المحتار).

وصرح في هذه المسألة (وقت القبض) لأنه إذا كان مشاعاً وقت العقد وزالت مشاعيته عند القبض والتسليم بالتقسيم والإفراز صح الرهن (أنظر المادة ٢٤).

ورهن الكرم والبستان الموجود في أرض الوقف بحكم رهن المشاع (فتاوى ابو السعود). ورهن البناء بدون الأرض التي هو عليها من هذا القبيل وغير جائز.

ولهذا إذا باع العدل نصف الرهن بناء على وكالته المطلقة في بيع الرهن مجتمعاً ومتفرقاً يبطل الرهن في النصف الآخر أيضاً بناء على طروء الشيوع (الأنقروي).

ولذلك أيضاً إذا رهن مالاً بكامله وبعد أن سلم فسخ الطرفان الرهن في نصفه الشائع ورده المرتهن للراهن فيفسد الرهن في النصف الآخر أيضاً (شبلي).

فساد الرهن بسبب الشيوع الطارئ مذهب الطرفين لأن المشاع ليس محلاً للرهن. وفي الشيء الذي ليس هو محلاً فالابتداء والبقاء سيان ولكن عند ابي يوسف الشيوع الطارئ لا يفسد عقد الرهن لأن البقاء أسهل من الإبتداء (أنظر المادة ٥٦) (الأنقروي، الخانية، وشرح المجمع).

ومن هذا القبيل أيضاً إذا رهن مالاً باجمعه وبعد أن سلم ضبط نصفه الشائع بالاستحقاق فلا يصح الرهن في باقية (البزازية). ولكن إذا رهن مالاً بكامله وبعد أن سلم ضبط بالاستحقاق نصف معين مفرز منه فالرهن صحيح ويكون الباقي محبوساً مقابل الدين كله (البزازية في مقدمة الرهن الأنقروي والزيلعي).

وإذا تلف الباقي المذكور في يد المرتهن يكون تلف بقدر حصته من الدين ولا يسقط الدين كله ولو كانت قيمة الباقي كافية لمجموع الدين. مثلاً إذا رهن شخص عند الداين مقابل دينه البالغ ألف قرش حصانين تساوي قيمة كل واحد منها ألف قرش وسلمه إياهما ثم ضبط أحدهما بالاستحقاق فيبقى الآخر رهناً مقابل حصته لألف قرش ويجب إيفاء كل الدين لأجل فك الحصان.

ولكن إذا تلف في يد المرتهن يسقط نصف الدين فقط ويرجع المرتهن على الراهن بالنصف الآخر (البزازية في المحل المزبور وشبلي).

ولهذا السبب على ما جاء في المادة «٧٢١» إذا ادعى شخص على رجلين بأنه ارتهن وقبض منهما مالاً من أموالهما المشتركة وبناء على انكارهما أقام المرتهن البينة على أحدهما فقط وأثبت القبض والرهن ونكل الثاني عن اليمين التي كلف بحلفها فيحكم بالرهنية على كلا الإثنين. ولا يبقى حكم للرهن الأول غير أن سبب الحكم مختلف وأخذ بالبينة والآخر بالنكول عن اليمين. ولكن إذا حلف الآخر اليمين فكما أن الرهنية لا تثبت بحقه لا يحكم بالرهنية بحق الأول الذي ثبت رهنه بالبينة ويترتب على المرتهن في تلك الحالة رد المرهون إليهما لأنه لو حكم بالرهنية في هذه الصورة يكون حكم برهنية المشاع «الهندية في الباب الثاني عشر من الرهن والخانية».

وكذلك إذا سلم الراهن مالاً لمرتهنين على دين مصادق عليه من الراهن ومن المرتهنين ثم قال أحد المرتهنين إنه ليس لنا في ذمة الراهن دين والآخر قال بل لنا عنده دين فالرهن باطل عند الإمام ابي يوسف وصحيح في حصة المنكر عند الإمام محمد «شرح المجمع».

ولهذا السبب أيضاً كما ورد في المادة «٧٢١» إذا ادعى أحد المرتهنين إنهما ارتهنا وقبضا معاً هذا المال مقابلماية قرش وبناء على إنكار الراهن أقام المدعي البينة وأثبت مدعاه وأنكر المرتهن الثاني الارتهان ففي رواية عن الإمام ابي يوسف لا يحكم بالرهن بناء على هذه الدعوى وهذا الاثبات ويرد المرهون إلى الراهن لأن الدعوى تسمع بحق الواحد فقط ولا تسمع بحق رفيقه وحيث أن الشيوع حاصل في هذه الصورة لا يكون الرهن صحيحاً «شرح المجمع» وفي رواية أخرى عن الإمام المشار إليه يكون المرهون مرهوناً عند المدعي مقابل ما يصيب حصته من المطلوب. ولا يكون الرهن باطلاً بإنكار الآخرين وهذا ما ذهب إليه الإمام الأعظم «الخانية» وعند الإمام محمد يحكم بالرهنية للمدعي المرتهن ويدفع الرهن ليده ويد العدل. لأنه حيث أن المدعي أثبت مدعاه بالبينة فهذا الثبوت معتبر عليه وعلى رفيقه.

وأما إنكار رفيقه فهو معتبر في حق نفسه فقط ولا يعتبر في شأن رفيقه وحيث أن حق المدعي ثبت على كل الرهن فلا يحصل الشيوع (شرح المجمع). ومتى أوفى الراهن حصته المرتهن المدعى من الدين يسترد الرهن. وقبل التأدية إذا هلك الرهن تسقط حصته المدعى من الدين.

تتمة: إن بطلان أو فساد الرهن بالشيوع مختلف فيه عند الفقهاء فبعض العلماء قال إنه باطل والإمام الكرخي اختار هذا القول وفريق آخر من العلماء قال بفساده وشيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي على هذا الرأي (شبلي).

إستثناء: لا يفسد الرهن بالشيوع الثابت لضرورة. مثلاً إذا أعطى الراهن للمرتهن دينارين قائلاً خذ أحدهما رهناً واشتر بالآخر بضاعة فأخذ المرتهن الإثنين ففي هذه الصورة حيث أن أحد الدينارين ليس بأولى من الآخر أن يكون رهناً فأصبحت الرهنية شائعة بداعي الضرورة (رد المحتار

فيما يجوز ارتهانه وما لا يجوز).

حيلة في رهن المشاع- الحيلة رهن المشاع هي هذه: متى رغب شخص في رهن نصف داره مشاعاً فبعد أن يبيع النصف المذكور بشرط أن يكون المشتري مخيراً للشخص الذي يريد ارتهانه شائعاً ويسلمه إياه ويقبض الثمن منه.

يفسخ المشتري عقد البيع بحكم خياره وتبقى الدار بمثابة الرهن (ابو السعود).

وفي الحقيقة ان هذا البيع ليس برهن صحيح ولا برهن فاسد بل انه بمنزلة الرهن إذ للمشتري أن يحبس الدار في يده إلى أن يقبض ثمن المبيع وإذا طرأ عليها عيب وهي في يده يسقط على البايع بقدر العيب من ثمن المبيع. وإذا هلكت الدار بيد المشتري فإن كانت قيمتها مساوية للثمن يسقط الثمن المذكور بتمامه وإن كانت قيمتها أقل من الثمن المذكور يسقط الثمن المذكور بقدر القيمة فها أن البيع في هذه الأحكام أصبح بمنزلة الرهن إنما في المسألة الآتية.

هذا البيع يفترق عن الرهن: إن كانت قيمة الدار الهالكة بيد المشتري أزيد من ثمن المبيع يكون المشتري ضامناً تلك الزيادة للبايع والحال إن كانت قيمة المرهون الهالك في يد المرتهن أزيد من الدين لا يكون المرتهن ضامناً هذه الزيادة ما لم يكن هلك بتعدي المرتهن (رد المحتار).
أنظر لاحقه شرح المادة (٧٤١).

مسألة (٥): يلزم أن يكون الرهن مفرزاً ومجتمعاً وبتعبير واضح أن لا يكون شاغلاً متصلاً وقت القبض لأن قبض الرهن على حدة في هذه الصورة وهذا الذي يقال له القبض الكامل- ممتنع (لسان الحكام). بناء عليه لا يصح رهن الزرع النابت على الأرض بدون الأرض أو رهن الأرض بدون الزرع النابت عليها أو الثمر الموجود على الشجرة بدونها، أو الشجرة. أو البناء بدون العرصة أو الشجرة بدون الثمر الذي عليها، وهذا الرهن فاسد. (أنظر المادة ٥٢).

الخلاصة- الأصل هو أنه متى كان المرهون متصلاً بغير المرهون لا يجوز الرهن. فرهن الصوف الموجود على ظهر الغنم من هذا القبيل يعني فاسد. ولا يكون المرتهن قابضاً إلا بعد جزه وتسليمه إليه (الخانية).

المقصود من المتصل في هذه المسألة التابع. بناء عليه إذا رهن السرج الموجود على ظهر الحيوان أو اللجام الذي في رأسه وسلم مع الحيوان الذي ليس مرهوناً لا ينقلب الرهن إلى الصحة ولكن إذا نزع السرج أو اللجام من الحيوان وسلم على حدة ينقلب الرهن إلى الصحة. (أنظر المادة ٢٤). (رد المحتار والخانية).

وقيل في هذه المسألة (شاغلاً متصلاً). لأن رهن الشاغل المنفصل جائز. مثلاً لو رهن شخص الثوب الموجود في بيته وسلم الثوب مع الدار فالرهن لازم. كما أنه إذا رهن شخص عند آخر الحمل الموجود على ظهر دابة وسلم الحمل مع الدابة إلى المرتهن فالرهن صحيح ولازم (الهندية في الفصل الرابع من الباب الأول).

المبحث الثاني

في أحكام الرهن الباطل والرهن الفاسد

مسألة «٦»: المال المقبوض بإذن الراهن في الرهن الباطل أمانة قطعاً في يد المرتهن والقابض. «أنظر الفقرة الثانية من المادة ٧٧١» لأن هذا المال قبض بإذن صاحبه.

وعليه إذا تلف المال الذي قبض بالرهن الباطل في يد قابضه بلا تعد ولا تقصير فكما أنه لا يلزم ضمان من أجله على القابض لا يوجد سقوط الدين أيضاً. ولذلك للراهن أن يسترد الرهن الباطل من المرتهن متى شاء. «أنظر الفقرة الأولى من المادة ٧٩٤».

حتى إذا أراد المرتهن حبسه وأراد الراهن أخذه وامتنع المرتهن عن إعطائه ثم هلك لزم الضمان على المرتهن «جامع الفصولين ورد المحتار». راجع شرح مادتي «٧٠١ و ٧١٠».

مسألة «٧»: المال المقبوض بالرهن الفاسد كالمال المقبوض بالرهن الصحيح يعني أن المال الذي يرهن ويسلم فاسداً إذا هلك في يد المرتهن يكون وفقاً لما جاء في لاحقة شرح المادة «٧٤١» مضموناً ويكون المرتهن سواء أكان في حياة الراهن أم في مماته أحق من سائر الغرماء وإذا فسخ الراهن العقد بناء على فساد عقد الرهن فليس له أن يسترد المرهون من الراهن ما لم يف الدين كما أنه في الرهن الصحيح أيضاً عند فسخ الرهن الصحيح الحكم على هذا المنوال كما صرح في المادة «٧١٨». «منح عن العمادية».

الخلاصة الرهن الفاسد كحكم الرهن الصحيح. بشرط أن يكون الرهن الفاسد سابقاً للدين. ولكن إذا كان الرهن الفاسد لاحقاً للدين لا يكون كحكم الرهن الصحيح. بناء عليه ليس للمرتهن أن يحبسه لأجل استيفاء الدين. ولكن متى كان عقد الرهن صحيحاً فالحكم فيه واحد ان تقدم الدين أو تأخر.

ويكون الرهن الفاسد سابقاً للدين بهذه الصورة كما لو رهن شخص مالاً وسلمه للمرتهن فاسداً مقابل مبلغ معلوم سيستقرضه ثم أعطى المرتهن الراهن المبلغ المذكور.

وكون الرهن الفاسد لاحقاً للدين كما لو استقرض شخص مالاً وقبضه ثم رهن مقابله مالاً وسلمه للمرتهن فاسداً.

فكما ذكر أعلاه يجري حكم الرهن الصحيح في الرهن الفاسد في الصورة الأولى ولا يجري الحكم المذكور في الرهن الفاسد في الصورة الثانية ولذلك إذا فسخ عقد الرهن فليس للمرتهن أن

يحبس المرهون إلى أن يستوفي مطلوبه بل انه مجبور على رده للراهن. لأنه ما ستفاد تلك اليد في مقابلة هذا المال. وإن توفي الراهن لا يكون المرتهن أحق من سائر الغرماء. لأنه ليس على المحل يد مستحق بخلاف الرهن الصحيح تقدم أو تأخر.

المبحث الثالث

في الرهن مقابل الدين الموعود المجهول

يطلق أيضاً على الرهن الواقع مقابل الدين الموعود المقبوض على سوم الرهن. يعني أن الرهن مقابل الدين الموعود والرهن المقبوض على سوم الرهن كلاهما شيء واحد والاختلاف في التعبير فقط. (الدر المختار في أوائل الرهن والأنقروي).

مسألة «٨»: يصح الرهن مقابل الدين الموعود. يعني إذا أعطى رجل آخر رهناً مقابل المبلغ الذي وعده باقراضه إياه فالرهن صحيح.

لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة فكما أن الرهن مقابل الدين الموجود صحيح فقد جوز الرهن المذكور أيضاً (زيلعي).

سؤال: كان من الواجب تجويز الرهن مقابل الدرك بجعل المعدوم موجوداً باعتبار الحاجة أيضاً هنا.

وإذا كان مقدار القرض الموعود غير معلوم- كرهن شخص ماله المعلوم عند آخر على أن يقرضه كم قرش- فالرواية في هذا مختلفة. وفي رواية هذا الرهن ليس مضموناً وقال صاحب التنوير وشارحه إن هذه الرواية هي الأصح. وفي رواية أخرى. المرتهن مجبور على إقراض الراهن مقدار الشيء الذي يريده. لأن المرتهن حيث أنه استوفى مقدار شيء من الرهن فيعود بيان مقدار هذا الشيء على المرتهن. كما هي الحال في اقدار المجهول. أنظر المادة (١٥٧٩) (الزيلعي والأنقروي).

يجعل المعدوم كالموجود فيما اذا كان المعدوم على شرف الوجود كما هو الحال في الدين الموعود لأن الظاهر من حال الإنسان أن ينجز وعده أما في الدرك فليس الأمر كذلك إذ أن الشخص العاقل لا يقدم على بيع مال الغير والظاهر فيه عدم استحقاق المبيع (العناية) أما حكم الدين الموعود فهو إذا تلف الدين الموعود في يد المرتهن والعدل قبل إعطائه للراهن ينظر إذا كان مقدار الموعود معلوماً وكان مساوياً لقيمة الرهن يوم القبض أو أقل منه يكون المرتهن مجبوراً باداء المقدار المذكور للراهن أي المبلغ الذي وعد بأدائه وليس له اداء مقدار من الدين الموعود والامتناع عن إعطاء المقدار الآخر لأن المقبوض بسوم الرهن هو كالمقبول بسوم الشراء ولما كان المقبوض بسوم الشراء مضموناً فيما إذا تلف في يد المشتري فكذلك يجب على المرتهن ضمان ذلك (رد المحتار في أول الرهن).

ففي هذه الصورة إذا تلف الرهن الذي قبض مقابل الدين الموعود المجهول بيد المرتهن فعلى

رواية الإمام ابي يوسف يلزم أداء قيمة الرهن بالغاً ما بلغ وعند الإمام محمد يلزم على المرتهن أن يدفع مقدار درهم فضة على الأقل وليس له أن يدفع أقل من ذلك.

وإذا كان المال الذي رهن سلم مقابل الدين الموعود موجوداً في يد المرتهن ولم يكن هالكاً قبل الإقراض فلا يجبر المرتهن على إعطاء الرهن الدين الموعود كلاً أو بعضاً. بل يسترد الراهن الرهن. لأنه في صورة عدم هلاك الرهن فالمرتهن يكون متبرعاً. ولا إكراه على المتبرع. (الحموي شرح الأشباه في الرهن (منية المفتي والزيلعي والخانية والأنقروي).

المسألة «٩»: إذا أعطى المرتهن بعد أن أخذ الرهن مقابل الدين الموعود مقداراً من ذلك الدين وامتنع عن إعطاء الباقي فكما ذكر في المسألة السابقة لا يجبر المرتهن على إعطاء الباقي. فيكون الرهن المذكور مرهوناً مقابل المقدار المعطى وليس مقابل الدين الموعود كله (عبد الحميد والهندية قبيل الفصل الثالث من الباب الأول).

المسألة «١٠»: إذا كان على أحد دين لآخر وقال له خذ هذا الثوب رهناً مقابل البعض من مطلوبك وأخذه الداين فيكون هذا الرهن عند الإمام ابي يوسف رهناً موقوفاً. حتى أنه إذا هلك الرهن المذكور بيد المرتهن فالمرتهن مخير: إن شاء عده هلك بقيمته وإن شاء اعتبره هلك ببعض الدين وطلب الباقي من الراهن (الخانية). فصار كما لو أخذ الرهن على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك. يخير المرتهن بين أن يجعله من الدين أو من القيمة (البزازية في الثالث) قال زفر رحمه الله تعالى يهلك بقيمته (الخانية).

الفصـل الثالث

في زوائد المرهون المتصلة والتبديل والزيادة الحاصلة بعد عقد الرهن

يبحث في هذا الفصل:
(١) عن زوائد الرهن المتصلة (المادة ٧١١).
(٢)عن تبديل الرهن (المادة ٧١٢).
(٣)عن زيادة الرهن (مادتي ٧١٣و ٧١٥)
(٤)عن زيادة الدين (مادة ٧١٤).

فالأنسب للسياق أن يكون العنوان هكذا: في التبديل الواقع بعد عقد الرهن، في الزيادة وزوائد المرهون المتصلة. فبهذه الصورة يكون النبديل خاصاً في الرهن والزيادة في الرهن والدين. كما يستفاد من مطالعة هذا الفصل.

١- زوائد المرهون المتصلة.

﴿المادة ٧١١﴾ كما أن المشتملات الداخلة في البيع بلا ذكر تدخل في الرهن أيضاً لو رهنت عرصة تدخل في الرهن أشجارها وأثمارها وسائر مغروساتها ومزروعاتها وإن لم تذكر صراحة.

إن المشتملات التي تدخل في البيع بلا ذكر كما ورد في المواد (٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢) تدخل في الرهن أيضاً وتكون مرهونة مع أصل الرهن وان لم تذكر صراحة بأن لم يشترط دخولها في عقد الرهن.

وبتعبير آخر ان الأشياء المتصلة بالمرهون باتصال القرار كالبناء والشجر أو التي لم تكن متصلة باتصال القرار بل هي لأجل القلع تدخل أيضاً. وإن لم يصرح بدخولها. فالشرب والطريق يدخلان في الرهن وإن لم يصرح بدخولهما أو لم يضف الفاظ عمومية مثل جميع الحقوق والمرافق. مع أن الزرع والثمر لا يدخلان في البيع بدون ذكر وتصريح «أنظر المادة ٢٣٣» فالفرق هو أنه عند رهن الأرض إذا لم يعد الزرع والثمر اللذان عليها داخلين في الرهن يجب أن تكون الأرض مشغولة بملك الراهن مع أنه كما ذكر في شرح المادة الآنفة لا يصح هذا الرهن ويكون فاسداً وحيث أن حمل العقد على الصحة أولى من حمله على الفساد فيعتبران داخلين لأجل تصحيح العقد ما لم يصرح

بعدم دخولها (البزازية قبل الباب السادس) وأما كون بيع المشغول جائزاً فليس من ضرورة لإدخالها عند بيع الأرض (الهداية والخانية). فكما ذكر أعلاه أن المشتملات المتصلة بالمرهون تدخل في الرهن من غير ذكر وأما غير المتصلة فلا تدخل بناء عليه إذا رهنت دار لا تدخل الأمتعة الموجودة فيها في الرهن من غير ذكر. لأن الأمتعة المذكورة ليست تابعة للمرهون بوجه ما (الهداية). كما أنه صرح في المادة ٤١(٢٣٣) ان هذه الأشياء لا تدخل البيع من غير ذكر. ولهذا لو باع الأرض بكل في قليل وكثير هو بها ومنها لا يدخل المشاع في البيع (الزيلعي). فبناء على هذا يتضح من هذه المادة أنه لا يجوز القول بأن (كل ما كان غير داخل في البيع يدخل في الرهن).

فقط حكم هذه المادة مقيد بما لو لم يصرح في الرهن بدخول المشتملات المذكورة أو عدم دخولها وجعل ذلك مسكوتاً عنه. وأما إذا رهنت عرصة واستثنيت جميع الأشجار التي عليها مع أثمارها وسائر مغروساتها ومزروعاتها فلا تدخل في الرهن. (أنظر المادة ١٣). ويكون في ذلك التقدير الرهن فاسداً كما ذكر في شرح المادة «٧١٠».

٢ - تبديل الرهن

﴿المادة ٧١٢﴾ يجوز تبديل الرهن برهن آخر مثلاً لو رهن شخص ساعته مقابل كذا دراهم دينه ثم بعد ذلك أتى بسيف وقال خذ هذا بدل الساعة ورد المرتهن الساعة وأخذ السيف يكون السيف مرهوناً مقابل ذلك المبلغ.

جواز تبديل الرهن برهن آخر إنما يكون برضى الطرفين يعني بعد أن يرهن مال ويسلم يجوز أن يسترده الراهن برضا المرتهن ويرهن محله مالاً آخر ويسلمه لأن الرهن قابل للنقض والمال الثاني للرهن (البزازية).

فعلم أن رضيا المرتهن والراهن في هذا التبديل شرط. فرضا الراهن شرط لأن الرهن عقد تبرع فكما أنه لا يجوز الإجبار على الرهن الأول لا يجوز أيضاً على الثاني.

ورضى المرتهن أيضاً شرط لأن حق المرتهن تعلق في الرهن الأول فلا يمكن أخذه من يده بدون رضاه. ولو كانت قيمة الرهن الثاني ازيد من الرهن الأول «أنظر المادة ١٩».

شروط التبديل- ان هذا التبديل مشروط بشرطين.
«الأول» رد الرهن الأول للراهن.
«الثاني» قبض المرتهن الرهن الثاني.

وفي المثال المدرج في المجلة إشارة لهذين الشرطين بتعبير «رد السيف وأخذ الساعة». بناء عليه إذا قبض الرهن الثاني والرهن الأول باق بقبض المرتهن لا يكتسب صفة الرهن. ويبقى بيد المرتهن أمانة محضة. لأن دخول الرهن الأول في ضمان المرتهن هو بالقبض والدين معاً يعني بمجموع

هذين الوصفين فما زال القبض والدين باقيين لا يخرج الرهن من ضمان المرتهن. وما زال الرهن الأول في ضمان المرتهن يعني ما لم ينقض قبض الرهن الأول لا يدخل الرهن الثاني في ضمان المرتهن. لأن الراهن والمرتهن ليسا راضيين أن يدخل كلا المالين في ضمان المرتهن ويكونا مرهونين وإنما رضيا بأن يكون الواحد فقط منهما رهناً «البزازية قبيل الفصل الرابع من الرهن».

وذكر في الخانية أنه إذا قبض الرهن الثاني يكون رهناً أيضاً قبل أن يرد الرهن الأول وأن الرهن الأول يبقى أمانة محضة. ولكن المجلة لم تقبل هذا الرأي.

وإذا هلك الرهن الأول في يد المرتهن فحيث أن هذا الرهن لم يخلص بعد من كونه رهناً يسقط الدين كما سيأتي في الكلام عليه في لاحقة شرح المادة «٧٤١» وبالنظر لأن المرتهن أمين في الرهن الثاني فإذا تلف الرهن المذكور يهلك أمانة ولا يسقط شيء من الدين. «أنظر المادة ٧٧١».

ولهذا السبب أيضاً إذا كان الرهن حنطة وأعطى بدلها شعيراً رهناً وسلم ثم المرتهن بعد أن رد نصفها فقط هلك في يده الشعير وبقية الحنطة يسقط نصف الدين بحصة الحنطة وهلاك الشعير يكون مجاناً «الهندية في الباب الأول».

بيد أنه بعد أن يجتمع كلا المالين في يد المرتهن إذا رد الرهن الأول للراهن فيكتسب الرهن الثاني صفة كونه رهناً. ولكن على قول يجب تجديد القبض في الرهن الثاني لأن يد المرتهن على الرهن الثاني أمانة محضة وحيث أن يد الرهن يد استيفاء وضمان فلا تقوم يد الأمانة مقام يد الاستيفاء والضمان. كما مر في شرح المادة «٢٦٢» والمختار عند قاضيخان هو هذا القول ونظراً للنقل المحرر في الهامش في الصحيفة الأخرى يجب أن لا يكون قاضيخان قائلاً بذلك. ولكن نظراً لقول آخر لا يشترط تجديد القبض. لأن الرهن تبرع كالهبة وعين الأمانة والمضمون وهذه الأشياء لا بد من القبض فيها والسابق يكفي على قول «ابو السعود والدرر».

مثلاً لو رهن شخص عند داينه ساعة في مقابل كذا دراهم دينه وبعد أن سلمها أتى بسيف وقال خذ هذا بدل الساعة ورد المرتهن الساعة للراهن وأخذ السيف وقبضه يكون السيف مرهوناً مقابل ذلك المبلغ وتخرج الساعة من الرهن فبناء عليه بعد هذا ليس للواحد أن يعيد الساعة للرهنية بدون رضا الآخر وإذا هلك السيف يسقط من الدين بمقداره.

فلو كان الدين ألف قرش وقيمة السيف ألفاً حال كون قيمة الساعة ألفاً وخمسماية قرش وتلف السيف في يد المرتهن يسقط الدين كاملاً. أنظر لاحقة شرح المادة ٧٤١.(الهندية في الباب الثالث)

٣- زيادة الرهن

تنقسم الزيادة إلى قسمين: قصدية وضمنية
وسيجيء بيان أحكام الزيادة الضمنية وتقسيماتها في أوائل المادة (٧١٥)

القسم الأول- الزيادة القصدية

(المادة ٧١٣) (يجوز للراهن أن يزيد في المرهون بعد العقد. يعني أنه يصح أن يضيف اليه مالاً آخر رهناً والعقد باقٍ وهذه الزيادة تلتحق بأصل العقد يعني أن أصل العقد يكون كأنه ورد على كلا المالين) ومجموع هذين المالين يكون مرهوناً لقاء الدين القائم وقت الزيادة.

بعد أن تم عقد الرهن بالإيجاب والقبول وقبض المرهون وحال كون العقد باقياً يجوز للراهن والكفيل والأجنبي أن يزيد في المرهون. لأنه عند زيادة الرهن يحصل الشيوع في الدين. والرهن الذي زيد يكون مرهوناً في مقابلة بعض الدين والشيوع في الدين لا يخل في صحة الرهن. ولهذا فإن الرهن مقابل بعض الدين جائز (شرح المجمع). وهذه الزيادة تلتحق بأصل العقد أو الدين ينقسم بين قيمة الرهن الأصلي يوم القبض بسبب العقد وقيمة الرهن الزائد يوم القبض بحكم الرهن أيضاً.

قيل بعد العقد، لأنه وإن كانت زيادة المرهون جائزة قبل العقد فلا يطلق على هذه المعاملة زيادة المرهون. مثلاً إذا كان شخص مديناً لآخر بالف قرش واراد أن يعطي دائنه ساعة رهناً مقابل هذا الدين فقال الدائن ان الساعة غير كافية فزاد عليها شيئاً وزاد المدين كتاباً وسلمه مع الساعة رهناً مقابل الدين المذكور وان صح فلا يكون المرهون زيد بالكتاب في هذه المعاملة. لأن الساعة لم تقبض ولم تكتسب صفة المرهونية بعد.

إيضاح زيادة الراهن:

يعني بعد أن يرهن الراهن شيئاً مقابل حق ويسلمه حال كون عقد الرهن باقياً يصح له أن يضيف مالاً آخر بصفة رهن إلى ذلك الشيء وكما هي الحال في أصل الرهن فمتى قبض المرتهن هذه العلاوة يتم الرهن. أنظر إلى الفقرة الإستثنائية من المادة ٧٠٦. سواء أكانت قيمة الرهن الأول زائدة عن الدين أم ناقصة أم كانت مساوية له ففي الأحوال الثلاثة زيادة الرهن صحيحة. أنظر المادة «٦٤». لأنه كما يستفاد من المواد ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١ يمكن أن تكون قيمة الرهن مساوية للدين أو زائدة أو ناقصة عنه.

وهذه الزيادة تلتحق بأصل العقد الرهني يعني يكون أصل العقد كأنه ورد على هذين المالين

وبناءً عليه يصبح مجموع المالين مرهوناً مقابل مجموع الدين إذا كان هذا هو الدين القائم حين الزيادة ومقابل ما بقي من مجموعه إذا كان مقدار منه فقط قائماً وقت الزيادة وينقسم الدين المذكور بين قيمة أصل المرهون وقيمة الزيادة يوم قبضهما ويكون مضموناً على هذا الوجه كما سيأتي إيضاحه في لاحقة شرح المادة «٧٤١» يعني أنه كما أن قيمة أصل الرهن يوم القبض معتبرة فقيمة الزيادة يوم القبض أيضاً معتبرة (الهداية). لأن كل واحد منهما دخل في ضمان المرتهن يوم قبضهما «شرح المجمع».

مثلاً إذا رهن شخص مقابل ألف قرش مالاً وبعد أن سلمه رهن مالاً آخر علاوة على الرهن الأول ثم هلك أحد الرهنين فيسقط نصف الدين فقط والنصف الآخر يهلك أمانة. والحال أنه لو لم يضف إلى الرهن شيئاً لسقط الدين كله. وبأداء نصف الدين لا تلزم إعادة نصف الرهن يعني أصل الرهن ولا إعادة الزيادة. وإذا لم يوف الدين بكامله فليس للراهن أن يسترد شيئاً منه أنظر المادة (٧٣١).

مثلاً لو رهن شخص مالاً بقيمة ألف قرش مقابل ألف قرش دين عليه ثم أضاف إليه مالاً بقيمة خمسماية قرش ثم تلفت الزيادة فيسقط من الدين ثلثه فقط وإذا هلك أصل الرهن يسقط الثلثان. مع أنه لو لم يرد في الرهن أخيراً لسقط الدين كله بهلاك الرهن الأول.

وقوله في المجلة الدين القائم حين الزيادة الخ إشارة إلى الفرق الموجود بين أصل الرهن وزيادة الرهن إذ هذه الزيادة ليست بمرهونة في مقابلة الدين الساقط والمستوفى وأما أصل الرهن فهو مرهون أيضاً مقابلة أي مقابل الدين الساقط والمستوفي.

مثلاً لو أوفى مقداراً من الدين الأول بعد الرهن الأول وزيادة الرهن حصلت بعد هذا الإيفاء فهذه الزيادة لا تكون رهناً مقابل المقدار المستوفى. بل تكون رهناً مقابل المقدار الباقي لأن الرهن إيفاء ولا يتصور إيفاء الساقط والمستوفى (الهندية في الباب السادس). وسيذكر في شرح المادة ٧٣١ أن أصل الرهن يبقى رهناً مقابل المقدار المستوفى.

مثلاً إذا رهن شخص كتاباً تساوي قيمته ألف قرش مقابل دينه الألف قرش وبعد تسليم الرهن أوفى من ذلك الدين خمسماية قرش ثم زاد الرهن بأن رهن أيضاً ساعة تساوي ألف قرش وسلمها للمرتهن فتكون الساعة مرهونة مع الكتاب مقابل الخمسماية قرش الباقية من الدين أما الكتاب فيبقى مرهوناً كالأول مقابل الألف قرش فعلى ذلك لو تلفت الساعة فيسقط من الدين مايتان وخمسون قرش وأما إذا تلف الكتاب فيسقط من الدين سبعماية وخمسون قرشاً وأما إذا تلفا معاً أو تلف واحد عقب الآخر فيجب على المرتهن أن يعيد للراهن خمسمائة قرش.

إيضاح زيادة رهن الكفيل.

كما أن زيادة الرهن يمكن أن تكون من المدين على ما ذكر في هذه المادة وأن تكون من طرف الكفيل أيضاً. لأنه كما يصح أن يأخذ شخص رهناً من المدين يصح أيضاً أن يأخذ من كفيله

وتجري أحكام التفصيلات السالفة بحق زيادة الرهن في هذا أيضاً. سواء أعطى المدين أولاً الرهن ثم الكفيل أم بالعكس وسواء أكان الراهن الثاني عالماً بالرهن الأول أم لا. لأنه بحكم المادة ٦٤٤ كل من المدين والكفيل مطالب بجميع الدين ولهذا يجعل الرهن الثاني زيادة في الرهن. وأي الرهنين هلك يسقط الدين بنسبة قيمة الإثنين (الهندية في الباب الثالث).

ولو كان على رجل دين وبه كفيل فأخذ الطالب من الأصيل رهناً ومن الكفيل رهناً أيضاً وفي كل واحد من الرهنين وفاء بالدين فهلك أحدهما قال ابو يوسف رحمه الله تعالى إن علم الثاني برهن الأول حين رهن يهلك الثاني بنصف الدين وإن لم يعلم هلك بالجميع وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى إن هلك الثاني يهلك بنصف الدين ولم يشترط العلم (الخانية).

إيضاح زيادة رهن الأجنبي:

تكون زيادة المرهون من الأجنبي أيضاً. مثلاً لو رهن شخص مالاً بقيمة ألف قرش وسلمه ثم تبرع شخص آخر ورهن مالاً بقيمة ألف قرش مقابل الدين بدون أمر الشخص المذكور وسلم المال جاز ذلك.

بناء عليه لا يمكن فك أحد الرهنين بتأدية نصف الدين وإذا هلك الرهنان في يد المرتهن يسقط نصف الدين كما جاء في لاحقة شرح المادة (٧٤١).

وإذا رهن المدين بالدين متاعاً وتبرع أجنبي فرهن به متاعاً آخر فإن هلك رهن المدين يهلك بجميع الدين وإن هلك رهن الأجنبي يهلك بنصف المال (الخانية).

كما أنه لو رهن أجنبي مالاً وسلمه بلا أمر في مقابلة دين فيجوز لأجنبي آخر أن يرهن مالاً ويسلمه أيضاً بمقابلة ذلك الدين (الهندية في الباب الثالث).

فإذا تبين من هذه التفصيلات أن قيد الراهن في متن المجلة غير احترازي فتجوز زيادة الرهن أيضاً من غير الراهن كالكفيل والأجنبي.

٤- زيادة الدين

﴿المادة ٧١٤﴾ إذا رهن مقابل مال دين تصح زيادة الدين في مقابلة ذلك الرهن. مثلاً إذا رهن شخص مقابل ألف قرش دينه ساعة ثمنها ألفا قرش وسلمها ثم أخذ خمسماية قرش مقابل ذلك الرهن أيضاً فتكون الساعة رهناً بمقابلة ألف وخمسماية قرش.

يجوز للمرتهن بعد عقد الرهن زيادة الدين مقابل الرهن الأول ويكون المال مرهوناً في مقابلة الدينين. لأنه كما ذكر في المادة السالفة كما أن الحاجة تمس لزيادة الرهن قد تمس أيضاً لزيادة الدين. يعني إذا وجدت زيادة في مالية الرهن واحتاج الراهن إلى دراهم أخرى يمكنه أن يرهن الرهن مقابل

ما أخذه من المال في المرة الثانية. (الكفاية قبيل الجنايات).

قوله (مقابل ذلك الرهن) قيد احترازي. لأن هذه الجهة هي محل الاختلاف الآتي ذكره وهي موضوع البحث هنا وإلا فزيادة الدين على الإطلاق أي بغير مقابلة ذلك الرهن بالإتفاق صحيحة. لأن الاستقراض بعد الاستقراض أي أخذ الإنسان قرضاً ثاني مرة قبل أن يؤدي القرض الأول صحيح بالاتفاق.

وفي هذه الصورة كما ورد في مثال المجلة بعد أن رهن الساعة أخذ خمسماية قرش دون أن يقول فلتكن رهناً مقابل كلا الدينين فهذا الاستقراض صحيح بالإجماع وإنما لا تكون الساعة رهناً مقابل الخمسماية قرش هذه بالاتفاق.

وهذه المادة على مذهب الإمام ابي يوسف رحمه الله ودليل الإمام المشار إليه على جوازه: أن الرهن في الدين كالثمن في البيع والدين كالمثمن وبموجب المادتين ٢٥٤ و٢٥٥ كما أنه تجوز الزيادة في الثمن والمثمن تجوز أيضاً في الدين والرهن. وقاس الإمام المشار إليه زيادة الدين على زيادة الرهن (شرح المجمع وأبو السعود).

وأما مذهب الإمام الأعظم والإمام محمد رحمهما الله تعالى فزيادة الدين غير جائزة يعني أنه بعد أن يرهن مال مقابل دين ويجري تسليمه لا تجوز الزيادة في الدين بمقابلة ذلك الرهن ولا يكون الرهن السابق مقابلاً للدين الذي زيد. لأن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وتفضي إلى أن يكون بعض المرهون رهناً مقابل الدين الأول والبعض مقابل الدين الثاني. وهذا ليس مشروعاً. وأما الزيادة في الرهن فتستلزم الشيوع في الدين وهذا لا يمنع صحة الرهن. ولذلك إذا كان شخص مديناً لآخر بألف قرش وأعطى رهناً مقابل خمسماية منه جاز ذلك وفي هذا شيوع في الدين (الهداية وابو السعود).

إذا هلكت الساعة المرهونة بألف وخمسماية قرش المذكورة في مثال المجلة يسقط كلا الدينين بهلاكها كما سيذكر في لاحقة شرح المادة (٧٤١).

وإذا أدى الراهن الدين الأول البالغ ألف قرش لا يمكنه أن يسترد الرهن قبل أن يؤدي الدين الثاني أي الخمسماية قرش كاملة.

وأما مذهب الإمام الأعظم والإمام محمد فهو حيث أن الساعة لا تكون مرهونة مقابل الخمسماية قرش التي زيدت مؤخراً فمتى أوفى الراهن الألف قرش له أن يسترد الساعة وليس للراهن إمساكها مقابل الخمسماية قرش الباقية (الهداية والعناية).

تعميم الدين- يستفاد من ذكر الدين مطلقاً في هذه المادة أنه لا يشترط الصحة زيادة الدين أن يكون الدين الذي زيد مؤخراً من نوع الدين الثابت في ذمة الراهن سابقاً. بناء عليه إذا كان المزيد عليه قرضاً فكما أنه يجوز أن يكون المزيد قرضاً يجوز أن يكون أيضاً ثمن مبيع أو بدل إجارة ويجوز عكسهما أيضاً (الهندية في الباب السابع من الرهن).

تعميم الرهن- فهم من المواد ٣٩٩و٤٠٠و٤٠١ أنه يجوز أن تكون قيمة الرهن مساوية للدين أو زائدة أو ناقصة عنه وأنه ليس بشرط في زيادة الدين أيضاً أن تكون قيمة الرهن زائدة عن أصل الدين بناء عليه كون قيمة الرهن زائدة في مثال المجلة ليس قيداً احترازياً بل لأجل بيان حكم الأكثر لأن زيادة الداين للدين وموافقة المرتهن عليه تحصل على الأكثر فيما إذا كانت قيمة الرهن زائدة عن الدين الأول.

قوله في المادة (مال) احترازاً عن المستغلات الوقفية والأراضي الأميرية. لأنه إذا أفرغ شخص لآخر أراضيه الأميرية أو مستغلاته الوقفية وفاء مقابل الدين الذي عليه بإذن المتولي وصاحب الأرض فلا يصح بعد ذلك زيادة الدين بينهما ويشترط لأجل زيادة الدين هذه فراغها وفاء مجدداً. ولو زيد الدين مقابل المفروغ وفاء بلا إذن المتولي وبلا إذن صاحب الأرض لا يعد ذلك العقار مفروغاً مقابل هذه الزيادة.

القسم الثاني- الزيادة الضمنية

يحصل نوعان من الزيادة الضمنية باعتباراتها متولدة أو غير متولدة من الرهن ونوعان آخران باعتباراتها متصلة أو غير متصلة في الرهن أي من حيث المجموع أربعة أنواع.

النوع الأول ـ الزيادة المتصلة المتولدة. كالنمو والسمن فهذه الزيادة في حكم اصل الرهن (ابو السعود).

النوع الثاني- الزيادة المتصلة غير المتولدة وهذه الزيادة لا تكون مرهونة مع أصل الرهن. مثلاً لو رهن الراهن عرصة الملك وسلمها وأنشأ بعد ذلك بإذن المرتهن أو بغير إذنه بناء عليها فهذا البناء لا يكون مرهوناً بدون عقد مستقل. ولدى الإيجاب إذا بيعت العرصة المرهونة لأجل الدين يلزم قلع البناء ورفعه.

النوع الثالث- الزيادة المنفصلة غير المتولدة وهي كأجرة العقار والحيوان المرهون وبدل منفعة المرهون لا تكون مرهونة مع أصل الرهن «الدرر والبزازية وشرح المجمع».

النوع الرابع- الزيادة المنفصلة المتولدة. وهي مذكورة في المادة الآتية:

﴿المادة ٧١٥﴾(الزيادة المتولدة من المرهون تكون مرهونة مع أصل الرهن).

وهي كما أنها تكون ملك الراهن بموجب المادة «٤٧» تكون مرهونة مع أصل الرهن حيث أنها داخلة في الرهن. لأن هذه الزيادة تابعة للمرهون وللزوم رهنية الحق في المرهون تسري الرهنية إلى هذه الزيادة أيضاً. (الهندية في الباب السادس والدرر).

وبناء على هذا يعطى حكم الرهن أيضاً للشيء الذي هو بدل جزء من اجزاء العين المرهونة كالأرش أي دية الجرح إنما معنى كون هذا النماء بحكم الرهن من جهة أنه يحبس كما يحبس المرهون. (الهندية). سواء أحصلت الزيادة المذكورة في يد المرتهن أم في يد آخر أم في يد الراهن في حالة إعارة المرهون لهما كما هو محرر في المادتين (٧٤٩و٧٤٨)

ولهذا كما ذكر في المادة (٧٤١) فكما أنه ليس لأحد من الراهن أو المرتهن أن يستهلك أصل الرهن بدون اذن الآخر فليس له أن يستهلك هذه الزيادة أيضاً. لكن للمرتهن أحياناً أن يبيعها كما هو محرر في المادة(٧٥٩).

وبناء على هذا ليس للأجنبي أن يستهلكها أيضاً وإذا استهلكها يضمنها ويقوم بدل الضمان مقام الزيادة المذكورة ويكون مرهوناً (الهندية في الباب السادس).

مثلاً لو استهلك المرتهن محصول الكرم المرهون بدون إباحته فيضمنه إياه الراهن أو وارثه بعد وفاته (الفتاوى الجديدة).

ولهذا السبب أيضاً للمرتهن أن يحبس هذه الزيادة إلى أن يستوفي الدين كما له أن يحبس أصل الرهن بموجب المادة (٧٢٩). (الكفاية).

ولذلك أيضاً يحفظ المرتهن هذه الزيادة كما يحفظ أصل الرهن حسب المادة «٧٢٣» وحتى إذا كانت هذه الزيادة كعنب الكرم المرهون للمرتهن أن يجمع العنب من الكرم كالمعتاد. ولا يلزم إذن الحكم لذلك لأن جمع العنب حفظ. أنظر شرح المادة (٧٥١). ولكن إذا تجاوز المعتاد أثناء الجمع وطرأ نقصان على الكرم يسقط من الدين بنسبة ذلك. أنظر المادة «٧٤١».

الفرق بين الزيادة القصدية والزيادة الضمنية:

يوجد فرق بين الزيادة القصدية- وسبق أن بحث عنها في المادة «٧١٣»- وبين الزيادة الضمنية:

فلو هلكت الزيادة الضمنية في يد المرتهن لا يسقط شيء من الدين. لأن هذه الزيادة لا تدخل وقت العقد بصورة مقصودة (الهداية). يعني أن هذه الزيادة تدخل في الرهن تبعاً والتابع لا يكون له حصة من الشيء المقابل الأصل. أنظر شرح المادة (٤٨). سواء أهلكت مع أصل الرهن أم على حدة واصل الرهن باقٍ. وفي هذه الصورة يبقى أصل الرهن مرهوناً مقابل تمام الدين. والحال أنه كما وضح في شرح المادة(٧١٣) إذا تلفت الزيادة القصدية يسقط الدين الذي يصيبها.

وأما بعكس الحال أي إذا تلف أصل الرهن بآفة والزيادة الضمنية باقية فتفك تلك الزيادة بحصتها من الدين ويقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة الزيادة يوم الفك. لأن الرهن مضمون بالقبض والزيادة الضمنية لما كانت باقية لحين الفكاك فتضمن به أيضاً.

وفي هذه الصورة حيث أنه سيسقط من الدين المقدار الذي يصيب أصل الرهن فيجب إيفاء

الدين الذي يصيب الزيادة الضمنية وفك تلك الزيادة من الرهن ولا يمكن الراهن أن يأخذ الزيادة المذكورة قبل أن يفي مقدارها من الدين. لأنه يكون بهذا التقدير حصل المقصود بفك الزيادة الضمنية. والحال متى كان التابع هو المقصود كانت له حصته من الشيء المقابل الأصل. كفلو الفرس المباعة فليس له حصة من الثمن قبل القبض وأما متى صار مقصوداً بالقبض يكون له حصته من الثمن حتى أنه لو هلك الفلو بعداقالة البيع ينقسم الثمن بين قيمة الفرس وقيمة فلوها فيسقط الثمن الذي يصيب الفلو من البايع ويرد المشتري إلى البايع الثمن الذي يصيب الفرس ويستردها (ابو السعود) مع أنه يلزم في الزيادة القصدية فكها بمجموع الدين.

مثلاً لو كانت قيمة الفرس ألفا قرش وقيمة فلوها أيضاً ألف قرش فينقسم الدين عليها مناصفة. ولما كان الحكم في الزيادة القصدية المذكورة في المادة (٧١٣) على هذه الصورة فلا فرق في هذا الحكم بين الزيادتين. فقط إذا هلك الفلو والفرس باقية فيهلك مجاناً ولا يسقط شيء من الدين. والفرس بعد ذلك تبقى مرهونة بمقابلة الدين كله والحال أن الحكم بخصوص الزيادة المذكورة في المادة (٧١٣) لم تكن كذلك. وإذا هلكت الفرس أولاً والفلو بعدها فيهلك الفلو كذلك مجاناً والدين يسقط تماماً بهلاك الفرس- والحال أن الحكم لم يكن هكذا في الزيادة القصدية. وأما إذا هلكت الفرس وبقي الفلو وكانت قيمته وقت الفك ألف قرش يفك الفلو بتـأدية نصف الدين. (الزيلعي).

بناء على ذلك إذا استهلك المرتهن تلك الزيادة بإذن الراهن وبعد ذلك هلك أصل الرهن فيكون للزيادة نصيب من الدين وحينئذ ينقسم الدين بين قيمة الزيادة المستهلكة وقيمة أصل الرهن فيسقط ما يصيب الأصل ويأخذ المرتهن من الراهن ما يصيب الزيادة. لأن هلاك الزيادة لما كان بتسليط الراهن فيكون كأن الراهن أخذها من المرتهن واستهلكها. وستوضح هذه المسألة في شرح المادة «٧٥٠» (شرح المجمع عن المحيط وابو السعود).

الأحكام في حالة تزايد أو تناقص الأصل أو الزيادة:

لو لم يهلك الأصل ولا الزيادة وإنما تراجعت أي نزلت قيمة الأصل يعني الفرس المذكورة في المثال السابق إلى خمسماية قرش أو تزايدت وارتفعت إلى ألفي قرش مثلاً يظل الدين منقسماً كما كان مناصفة ولا يتغير عن حاله الأول. ولكن إذا بقيت قيمة الفرس على حالها أي ألف قرش وتناقصت قيمة فلوها إلى خمسماية قرش مثلاً ينقسم الدين بين قيمتها مثالثة الثلثان يصيبان الفرس والثلث يصيب فلوها وعليه إذا تزايدت قيمة الفلو وبلغت ألفي قرش فينقسم ثلثا الدين للفلو والثلث للفرس وإذا هلكت الفرس وبقي الفلو يصيب ثلثا الدين حصة الفلو (شرح المجمع عن المحيط).

الباب الثاني

في بعض المسائل المتعلقة بالراهن والمرتهن

وتدرج هنا خلاصة الباب الثاني والباب الثالث

في بعض مسائل عائدة للراهن والمرتهن والمرهون

<table>
<tr><td>١ الراهن</td><td colspan="2">الرهن عقد لازم بالنسبة للراهن. بناء عليه يجوز فيه خيار الشرط للراهن.
الرهن يكون موقوفاً في يد المرتهن مدة الخيار وفي حال هلاكه يضمن المرتهن الأقل من الدين والقيمة</td></tr>
<tr><td>٢ المرتهن</td><td>الرهن ليس عقداً لازماً بالنسبة إلى المرتهن وله أن يفسخ إذ مجرد الفسخ لا يبطل الرهن العقد بذاته ما زال القبض والرهن قائمين معاً فالرهن يكون دائماً مضموناً. للراهن أن يكون واحداً أو اثنين ويشترط لذلك شرطان
(١) أن يكون للعقد واحداً (٢) أن لا يكون نص في التبعيض.
وكذلك يمكن أن يكون المرتهن واحداً والراهن اثنين على شرط أن يكون العقد واحداً.</td><td>إلا أنه لكي يكون هذا الفسخ مسقطاً لحق الإمساك في الرهن يلزم أولاً: رد الرهن للراهن ثانياً: تأدية الدين ثالثاً: إبراء المرتهن للراهن رابعاً: هبة الدين للراهن.</td></tr>
<tr><td>٣ المرهون</td><td>(١) يكون المرهون مال الراهن</td><td>المرتهن يحفظ الرهن بالذات أو بواسطة أمينه وإذا هلك في هذه الصورة لا يلزم الضمان بناء على المادة (٩١). فالفعل الذي يوجب الضمان على المستودع يوجب ضمان الغصب على المرتهن. ولدى عودته للوفاق بعد المخالفة يبرأ المرتهن من ضمان الغصب وهذا ليس كالإجارة لأن المؤجر في الإجارة يعمل باسمه وأما المرتهن فيحفظه باسم الراهن.</td></tr>
</table>

ومؤونة محافظة الرهن عائدة على الراهن. فإذا أنفق بلا حكم الحاكم وبلا أمر يكون

متبرعاً. (استثنى ان لم يوجد قاض في البلدة). فالإتفاق لأجل بقاء واصلاح الرهن عائد على الراهن. وإذا أنفق بلا حكم الحاكم وبلا أمر يكون متبرعاً). وليس للراهن أن يدفع هذه المصاريف من نماء الرهن.

(٢) المرهون يكون مستعاراً	إذن صاحب المال	رهن المستعار جائز ويختلف عن العارية إن كان مطلقاً يرهنه المستعير بكل وجه (المادة ٦٤) إذا اختلف في قيد الرهن فالقول قول المعير إن كان مقيداً تلزم رعاية الشرط والقيد إذا لم يراع يكون المستعير غاصباً والمرتهن غاصب الغاصب وبحال تلفه يضمن جميع قيمة الرهن المستعار. وليس مقدار الدين فقط.	
	التقييد في الرهن المستعار يكون على خمس صور	(١) مقدار الدين (٢) جنس الدين (٣) مكان الرهن (٤) تعيين المرتهن (٥) التوقيت	هذه الشرائط تفيد المرتهن ليس للمرتهن أن يخالف هذا الشرط وإذا خالفه يكون غاصباً وتجوز المخالفة في صورة واحدة. فائدة هذا الشرط عائدة على المستعير لأنه ليس للمعير أن يطلب العارية قبل ختام المدة.

﴿المادة ٧١٦﴾ (للمرتهن أن يفسخ الرهن وحده)

الرهن ليس بعقد لازم بالنسبة إلى المرتهن. أنظر شرح المادة(١١٤). حيث أن حق الحبس في الرهن عائد إلى المرتهن كما صرح في المادة (٧٢٩) فللمرتهن أن يتجاوز عن هذا الحق وحده.

المسائل المتفرعة عن هذا الضابط:

أولاً- المرتهن متى شاء له أن يفسخ عقد الرهن وحده كلياً أو قسماً صراحة أو ضمناً وأن يعيد الرهن الى الراهن. ومتى فسخ المرتهن الرهن استناداً إلى هذه المادة فلا شك بأن أحكام الفقرة الثانية من المادة (٧١٨) تجري حينئذ.

الفسخ صراحة مذكورة في هذه المادة. والفسخ ضمناً سيأتي تفصيله في شرح المادة (٨١٨)

شرط إتمام الفسخ: يشترط لإتمام الفسخ وبطلان الرهن إعادة الرهن إلى الراهن (الهداية).

بناء على هذا إذا هلك المرهون في يد المرتهن بعد فسخ عقد الرهن وقبل أن يعاد المرهون إلى الراهن يوجب ذلك سقوط الدين لأن الرهن لا يبطل بمجرد فسخ العقد. بل يبقى الرهن مضموناً بعد الفسخ أيضاً ما زال القبض والدين قائمين معاً (الخانية). ولكن إذا فات واحد من الدين أو القبض كما لو أعيد الرهن أو الراهن مثلاً أو ابرأ المرتهن الراهن من الدين فلا يبقى إذ ذاك المرهون رهناً ويسقط الضمان لأن القاعدة هي أنه لما تكون علة متصفة بوصفين تنعدم تلك العلة بانعدام أحد الوصفين. والرهن من هذا القبيل. لأن لضمان الرهن علتين الأولى الدين والأخرى قبض الرهن فمتى كانت العلتان موجودتين يكون الضمان موجوداً، إذا زالت احداهما سقط الضمان. فبناء عليه متى أعيد الرهن إلى الراهن يسقط الضمان وإن كان الدين باقياً وإذا أبرأ الراهن من الدين يسقط الضمان أيضاً مع بقاء قبض الرهن.

سؤال- لما كان سقوط الضمان لازماً بفوات الدين وجب عدم ضمان الرهن بعد استيفاء الدين. مع أنه إذا هلك المرهون في يد المرتهن يهلك مضموناً ويلزم على المرتهن إعادة الدين الذي قبضه الى الراهن.

الجواب- قد مر في شرح المادة (١٥٨) أن الذمة تبقى في المدين بعد أداء الدين أيضاً فبناء عليه ضمان الرهن الذي هو في مقابلة الدين لا يسقط ويظل باقياً.

وقال بعضهم جواباً على هذا السؤال: حيث أنه من المحتمل أن يظهر مستحق للمبلغ الذي قبضه الداين ويضبط فما دام المرهون في يد المرتهن فيظل احتمال حق حبسه موجوداً وهذا الاحتمال يوجب الضمان. لكن اعترض على هذا الجواب بأن الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لا يوجب التحقيق.

قد ذكر آنفاً أن إتمام الفسخ يحصل برد المرهون إلى الراهن على وجه الفسخ. لأنه إذا رد المرتهن المرهون إلى الراهن بعد الفسخ على سبيل العارية وليس على وجه الفسخ لا يكون الرهن باطلاً ومنفسخاً (الكفاية).

ثانيا- لا حاجة لجعل شرط الخيار أثناء عقد الرهن للمرتهن لأجل الفسخ حتى أنه إذا اشترط المرتهن الخيار لنفسه لا يجوز ذلك. لأنه حيث أن المرتهن مقتدر على فسخ الرهن بدون شرط الخيار. فلا يكون من فائدة للشرط المذكور. ولأن شرط الخيار يكون في العقود اللازمة والقابلة للفسخ كما جاء في الشرح قبيل المادة (٣٠٠).

ثالثاً- إذا أعاد المرتهن الرهن إلى الراهن على وجه الفسخ مبيناً أنه فسخ العقد ينفسخ عقد

الرهن وإن لم يرض الراهن. بناء عليه ان هلك الرهن في يد المرتهن بعد الإعادة لا يسقط من الدين شيء.

رابعاً- إذا ادعى المدين أنه رهن وسلم ذاك المال مقابل دينه وأقام البينة وأنكر الداين الرهن فعلى رواية كتاب الرهن ليس للحاكم أن يحكم بالرهنية بناء على هذه البينة وسواء في ذلك ان شهد الشهود على القبض أو على إقرار المرتهن بالقبض. لأن إنكار المرتهن هذا من شأنه أن يفسخ عقد الرهن. إنما إذا أنكر الداين بعد هلاك الرهن في يده تقبل البينة من الراهن ويحكم بالرهنية لأنه لا يمكن فسخ عقد الرهن بعد هلاك المرهون ويجب سقوط الدين كما سيأتي ذكره مفصلاً في لاحقة شرح المادة (٧٤١). ولأن إنكار المرتهن الرهن بعد هلاك المرهون لا احتمال له للفسخ فبناء عليه حيث أن الإنكار المذكور يعد إنكاراً لاستيفاء الدين حكماً فالراهن مقتدر على إثبات أصل العقد والإيفاء حكماً (الهندية في الباب الثاني عشر).

فسخ الرهن قسماً: يجوز فسخ الرهن قسما كما سبقت الإشارة إليه أثناء شرح المادة. مثلاً لو رهن شخص عند آخر خاتمين مقابل ألف قرش دينه ثم قال الراهن أعد لي أحدهما لحاجتي إليه وأعاد المرتهن أحد الخاتمين على طريق الفسخ ينفسخ الرهن الذي أعيد فقط ويكون الخاتم الآخر مرهوناً بحصته من الدين ليس إلا. بناء على ذلك إذا هلك الخاتم الآخر في يد المرتهن فلا يوجب ذلك على ما جاء في لاحقة شرح المادة (٧٤١) سقوط الدين كله. بل يسقط من الدين مقدار حصته فقط. ولكن لا يمكن للراهن أن يسترد الخاتم المذكور ما لم يفِ الدين كله (البزازية في الثالث في الضمان).

﴿المادة ٧١٧﴾ (ليس للراهن أن يفسخ عقد الرهن بدون رضى المرتهن).

الرهن بعد القبض عقد لازم بالنسبة إلى الراهن. ولذلك ليس له أن يفسخ وحده أي بدون رضى المرتهن الرهن المنعقد صحيحاً ويسترد الرهن المقبوض بإذنه. وسواء فيه ان كان الدين سابقاً للرهن أو لاحقاً له فلا فرق في ذلك (الأنقروي قبيل الوصايا). لأنه كما سبق في شرح المادة السالفة حيث أن للمرتهن فيه حق الحبس فلا يمكن الراهن إسقاط هذا الحق.

المقصود من الرهن هنا الرهن التام يعني الرهن الذي قبض فيه المرهون. لأنه كما ذكر في المادة (٧٠٦) للراهن قبل القبض أن يفسخ الرهن ويمتنع عن تسليم المرهون بدون رضى المرتهن.

فسخ الراهن بدون رضا المرتهن: إذا اشترط حين عقد الرهن خيار للراهن فإن شاء فسخ عقد الرهن وإن شاء ابقاه في مدة الخيار. أنظر الفصل الأول من الباب السادس من كتاب البيوع. وليس للراهن أن يفسخ العقد بعد مرور مدة الخيار.

حكم الرهن في مدة الخيار: إذا هلك الرهن في يد المرتهن في مدة الخيار فالمرتهن مخير إن شاء

جعل الرهن المذكور مضموناً بالدين الذي هو في مقابلته وإن شاء ضمنه بقيمة المرهون «البزازية في الثالث في الضمان».

﴿المادة ٧١٨﴾ (للراهن والمرتهن أن يفسخا عقد الرهن بالإتفاق ولكن للمرتهن صلاحية بحبس وإمساك الرهن لبينما يستوفي مطلوبه المقابل ذلك الرهن).

يمكن للراهن والمرتهن أن يفسخا ويقبلا عقد الرهن برضاهما صراحة أو ضمناً بعد قبض الرهن. وكما وضح في شرح المادة (٧١٦) أن إتمام هذا الفسخ يحصل بإعادة الرهن من قبل المرتهن إلى الراهن على وجه الفسخ. حتى أنه إذا هلك الرهن في يد المرتهن بعد الفسخ وقبل أن يعاد إلى الراهن يسقط من الدين بمقدار قيمة المرهون (البزازية).

لايلزم في هذا الفسخ اتفاق الراهن يعني موافقته على الفسخ. وحيث أنه ذكر في المادة «٧١٦» وشرحها أن صحة الفسخ المذكور ناشئة عن رضا المرتهن فقط وبتعبير آخر أن المرتهن قادر على فسخ الرهن ان رضي الراهن أو لم يرض فلا أهمية لموافقة الراهن في هذا أو عدمها وعليه فلا تفيد هذه الفقرة من المادة حكماً زائداً على المادة «٧١٦» السابقة الذكر.

ولكن للمرتهن أن يمسك المرهون بعد الفسخ أيضاً إلى أن يستوفي من الراهن مطلوبه المقابل ذلك الرهن ولكنه كما سبق إيضاحه لا يبطل الرهن الصحيح ولا يسقط حكمه بمجرد فسخ المرتهن أو فسخ الراهن والمرتهن بالإتفاق معاً وبتعبير آخر ان فسخ الرهن قولاً وعدم فسخه متساويان في الحكم.

فبناء عليه ما دام الوصفان اللذان هما عبارة عن الدين وقبض المرتهن للرهن قائمين يظل عقد الرهن أيضاً باقياً. يعني أن الرهن مضمون مقابل شيئين. أحدهما الدين والآخر القبض. وإذا فات أحدهما كما لو أعيد المرهون إلى الراهن مثلاً أو ابرأ المرتهن الراهن من الدين فلا يبقى الرهن أيضاً. ويسقط ضمانه. لأنه كما ذكر في شرح المادة (٧١٦) متى كانت العلة ذات وصفين فبانعدام أحدهما ينعدم الحكم «البزازية رد المحتار عبد الحليم».

الأحوال التي تسقط حق الإمساك في الرهن صراحة أربعة والتي تسقطه ضمناً خمسة فبناء عليه الذي يسقط حق الحبس في الرهن تسعة أسباب.

يسقط حق المرتهن في حبس وإمساك الرهن صراحة في أربعة وجوه:

الوجه الأول: إذا فسخ المرتهن عقد الرهن وأعاد المرهون إلى الراهن على طريق الفسخ واخرج المرهون من قبضته فلا يبقى له حق الحبس بناء على المادة(٥١). فإذاً كما أن إتمام عقد الرهن بقبضه فإتمام فسخ الرهن أيضاً يكون بإعادة الرهن المقبوض إلى الراهن. ويلزم أيضاً أن

تكون هذه الإعادة على طريق الفسخ حتى أنه إذا لم يعد على طريق الفسخ بل على وجه العارية لا يكون الرهن باطلاً ولا يسقط من الحكم (عبد الحليم). أنظر المادة (٧٤٩) وشرحها.

الوجه الثاني: إذا أوفي الدين

الوجه الثالث: إذا أُبرىء الراهن من الدين.

الوجه الرابع: إذا وهب الدين للراهن.

فلا يبقى للمرتهن حق الإمساك (رد المحتار).

فسخ الرهن ضمناً: يمكن أن ينفسخ عقد الرهن في الوجوه الخمسة الآتية أيضاً:

الوجه الأول- إذا آجر المرتهن المرهون بأمر الراهن إلى آخر وسلمه للمستأجر فالإيجار صحيح وينفسخ عقد الرهن ويبطل. وأما مجرد الإيجار بدون التسليم فلا يفسخ الرهن (الحموي) والأجرة في هذا الإيجار تكون للراهن ويكون المرتهن وكيلاً بالإيجار.

الوجه الثاني والثالث مذكوران في مادتي (٧٤٤و ٧٤٥).

الوجه الرابع: إذا آجر الراهن المرهون بإذن المرتهن لآخر وسلمه للمستأجر فالإجارة صحيحة والرهن ينفسخ ضمناً. حتى أنه بعد ذلك عند انقضاء مدة الإيجار لو بقي الدين فلا يعود عقد الرهن السابق يعني أن المال المرهون لا يكتسب صفة كونه مرهوناً كالأول. وتجديد العقد لازم.

الوجه الخامس، إذا باع الراهن الرهن للمرتهن ينفسخ عقد الرهن. ولو أقال الطرفان بعد ذلك عقد البيع لا يعود المبيع المذكور إلى الرهنية ما لم ينشأ عقد الرهن مجدداً بالتراضي (فتاوى ابن نجيم)

﴿المادة ٧١٩﴾ يجوز أن يعطي المكفول عنه رهناً لكفيله.

المقصود من الكفيل أولاً الكفيل للمال. ثانياً الكفيل منجزاً ثالثاً الكفيل بالأمر.

يعني إذا كفل شخص آخر بأمره ألف قرش دينه المطلوب منه للشخص الفلاني أو لجانب الحكومة وأعطى هذا الآخر للشخص المذكور رهناً صح ذلك. سواء أدفع الكفيل المكفول به إلى الداين وتحقق بهذه الصورة مطلوبه عند المكفول عنه في الحال أم لم يدفع ولم يتحقق مطلوبه عنده في الحال

وجاز الرهن المذكور بعد تأدية الكفيل والمكفول به. لأن الكفيل أصبح مالك الدين بأدائه إياه فيكون الرهن وقع في مقابلة دين صحيح. (أنظر المادة ٦٥٧) وشرحها.

وجاز الرهن أيضاً قبل تأدية الكفيل المكفول به. لأن الكفالة بالأمر توجب دين الطالب على الكفيل ودين الكفيل على الأصيل. إنما مطلوب الكفيل من الأصيل مؤجل لوقت الأداء ومطلوب

الطالب من الأصيل حال (رد المحتار).

يعني حيث أن الكفالة التي أوجبت دين الكفيل على الأصيل والتي سببت الدين موجوداً وحيث أن وجود الدين محجوز للرهن فهذا الرهن أيضاً يكون صحيحاً. (أنظر شرح المادة ٧٠١).

حكم الرهن في يد الكفيل: إذا هلك الرهن في يد الكفيل يعد كأن الكفيل قد استوفى المال الذي سيرجع به على المكفول عنه (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

إنفساخ الرهن في يد الكفيل: إذا أوفى المدين والمكفول عنه دينه إلى داينه بعد أن يكون أعطى رهناً لكفيله ينفسخ الرهن. لأن الدين سقط عن الكفيل أيضاً بالأداء. (أنظر المادة ٧١٨) وشرحها.

إذاً هل يقال إنه إذا هلك الرهن المذكور في يد الكفيل بعد أن يفي الأصيل الدين وكان ذلك بعد أن امتنع الكفيل عن اعطائه فبناء على طلب الأصيل يضمن الكفيل للمكفول عنه قيمة الرهن كلها وإن كان قبل الطلب والمنع يكون الكفيل ضامناً للأقل من الدين وقيمة الرهن. فليحرر.

تتقيد مسألة إعطاء الرهن للكفيل بثلاثة قيود:

الأول- يجب أن يكون الكفيل كفيل المال. لأنه ذكر في شرح المادة (٧١٠) أن إعطاء الرهن للكفيل بالنفس غير صحيح (الهندية).

الثاني- يجب أن تكون الكفالة المالية منجزة أما إعطاء الأصيل الكفيل رهناً في المالية المعلقة قبل وجود الشرط لا يجوز. لأن الكفالة بالمال لم تحل بعد (الهندية قبيل الباب الثاني عشر).

الثالث- يجب أن تكون الكفالة بالأمر. لأن الكفالة بلا أمر تبرع ولا حق للكفيل في مراجعة الأصيل في الحال بعد أداء الدين يعني ليس للكفيل مطلوب عند الأصيل وبناء عليه يكون هذا الرهن في مقابلة دين معدوم (أنظر شرح المادة ٧٠١).

﴿المادة ٧٢٠﴾ (يجوز أن يأخذ الدائنان رهناً من المدين الواحد سواء أكانا شريكين أم لا ويكون هذا الرهن مرهوناً مقابل مجموع الدينين).

يعني لا فرق فيما إذا كان هذان الدائنان شريكين في الدين أم لا أو كان دينهما من جنس واحد أو مختلفي الجنس كما لو كان دين الواحد ذهباً ودين الآخر فضة فيجوز أخذ الرهن من ذلك المدين بعقد واحد وبدون أن ينص في التبعيض. وليس في هذا الرهن شيوع يخل في صحة الرهن.

لجواز أخذ الدائنين رهناً من المدين الواحد شرطان:

الأول: وحدة العقد بناء عليه إذا كان بعقدين فالرهن فاسد.

فعليه لو ارتهن أحد هذين الدائنين النصف الشائع من ذلك المال بعقد وقبضه وارتهن الثاني النصف الآخر وقبضه بعقد غير العقد الأول يكون ذلك الرهن فاسداً.

لأنه في هذه الحالة يكون الرهن رهن مشاع أنظر الأربع مسائل في شرح المادة (٧١٠).

الثاني، يجب أن لا ينص على التبعيض فإذا نص على التبعيض يفسد الرهن.

ولذلك إذا قال الراهن قد رهنت نصف مالي هذا لدائني هذا والنصف الآخر لدائني ذاك ونص على التفريق والتبعيض ورهن وارتهن الداينان على ذلك الوجه يكون الرهن فاسداً (الخانية).

ومن هذه الجهة أيضاً إذا قال رهنت نصف مالي هذا مقابلماية قرش والنصف الآخر بمقابلة ست ماية قرش وقبل المرتهن يكون الرهن فاسداً.

ومن هذا القبيل أيضاً إذا قبل أحد الداينين إيجاب الراهن ولم يقبله الآخر لا يصح الرهن. أنظر شرح المادة(٧١٠) (البزازية في مقدمة الرهن والخانية).

وعلى هذا المنوال أيضاً كما جاء في هذه الفقرة إذا ارتهن الداينان الرهن واقر أحدهما أن هذا الرهن تلجئة فعند الإمام ابي يوسف لا يصح هذا الرهن لأنه سيطرأ عليه شيوع بهذه الصورة. وقال الإمام محمد بصحة الرهن في حصة الثاني. لأن الإقرار حجة قاصرة ولا يسري إلى حق الآخر «الهندية في الباب الحادي عشر من الرهن».

ويكون الرهن مرهوناً مقابل مجموع الدين لأنه أضيف إلى مجموع الدين بصفقة واحدة فلا يكون نصف الرهن مقابل نصف من الدين ونصفه الثاني مقابل النصف الآخر من الدين (مجمع الأنهر).

وعليه إذا أوفى الراهن دين الواحد من الداينين كاملاً لا يمكنه أن يسترد شيئاً من الرهن ولو بقي مقدار جزئي من مطلوب المرتهن الآخر (رد المحتار والخانية).

ويأتي إيضاح هذه المسألة في المادة (٧٣٩) وشرحها.

كيفية حفظ الداينين للرهن الذي أخذاه من مدين واحد: إن كان الرهن غير قابل القسمة يحفظه الداينان بالمناوبة. والواحد في نوبة حفظه كعدل الآخر (التنوير). ولدى هلاك المرهون في يد واحد منهما لا يلزم الآخر ضمان الغصب ولا المعطى. لأنه حيث أن الراهن عالم بأن المرتهنين لا يجتمعان دائماً في حفظ الرهن يكون برهنه عندهما مالاً غير قابل للقسمة رضى بحفظهما إياه مناوبة «شرح المجمع».

وأما ان كان قابل القسمة ففي هذا التقدير حصل اختلاف: فعند الإمام الأعظم يجب بعد التقسيم أن يحفظ كل منهما النصف منه. يعني تقاس هذه المسألة على حكم المادة «٧٨٣».

حتى لو أعطى داين كل المال الذي هو قابل للقسمة للآخر وهلك في يده يكون المعطي ضامناً نصف حصته بضمان الغصب. لأن الأمين بدفعه المال إلى من لم يرض المالك يلزمه ضمان الغصب كما هي الحال في دفعه إلى الأجنبي «شرح المجمع».

ولكن عند الإمامين لا يضمن بضمان الغصب «الدرر المنتقى ومجمع الأنهر».

والمجلة قبلت في مادتها «٧٨٣» قول الإمام الأعظم وحيث أن هذه المسألة نظيرة لها فيجب العمل فيها أيضاً بقول الإمام المشار إليه.

الحكم في تلف الرهن الذي أخذه دايينان من مدين واحد. بحسب هذه المادة المال المرهون عند هلاكه يكون كل من الدائنين ضامناً لذلك الرهن بنسبة حصته من الدين كما سيذكر في لاحقة شرح المادة «٧٤١» «التنوير». لأن كل واحد منهما يكون استوفى مطلوبه بهلاك الرهن وبما أنه ليس أحدهما أولى من الآخر وأن الاستيفاء قابل للتجزي فينقسم المرهون على كلا الدينين «مجمع الأنهر».

مثلاً لو كان مطلوب الإثنين مائة قرش يضمنان الرهن أي يكونان استوفيا مطلوبهما مناصفة وإذا كان مطلوب الواحد ماية قرش ومطلوب الآخر مايتي قرش يضمنانه أي يكونان استوفيا المطلوب بنسبة الثلث والثلثين (الدرر).

وإذا تلف بعض الرهن فالحكم أيضاً كما ذكر مثلاً لو كان مطلوب أحد الداينين من الراهن عشرة مجيديات ومطلوب الآخر خمسة وكان المرهون عشر ذهبات وهلك عشرون ذهباً من الثلاثين فكما أن العشر ذهبات الباقية تظل مرهونة اثلاثاً في يد المرتهن يسقط ثلثا مطلوب صاحب العشرة مجيديات وثلث مطلوب صاحب الخمسة (الدرر والطحطاوي)

﴿المادة ٧٢١﴾ يجوز للداين الواحد أن يأخذ رهناً لأجل الدين الذي له على اثنين ويكون هذا أيضاً مرهوناً مقابل مجموع الدينين.

يجوز أن يأخذ الداين رهناً واحداً لأجل دين له على شخصين. والحكم واحد سواء أكان هذا المطلوب ثابتاً بصفقة واحدة أم لكلّ واحد سبب مستقل. وبتعبير آخر لو أخذ شخص رهناً واحداً لأجل المطلوب الذي له على شخص جاز ذلك. ويكون هذا أيضاً مرهوناً مقابل مجموع الدينين «الأنقروي» سواء أكان الرهن المذكور مالاً مشتركاً بينهما أم لم يكن فإن لم يكن مشتركاً وكان مال واحد منهما يكون هذا المال رهناً مستعاراً بالنسبة لغير صاحب المال. وليس فيه من شيوع يخل في صحة الرهن (عبد الحليم). وتفرق المالكين لا يوجب الشيوع في الرهن. يعني لا يقال إنه (لما كان المال المذكور مال المدينين مشتركاً فرهن كل منهما حصته للداين يوجد شيوعاً في الرهن من هذه الجهة) لأنه من الجائز أن يرهن أحد ماله في مقابلة دين الآخر كما هي الحال في رهن المستعار. (شرح المجمع)

وشرط أخذ الداين رهناً واحداً من مدينين اثنين: نظراً لهذه المادة يشترط لجواز ذلك أن يكون العقد واحداً أيضاً. مثلاً إذا قال شخصان لدائنهما إذا رهنا عندك هذا المال مقابل الدين الذي لك علينا وقبل الداين صح ذلك ولا يشترط أن يكون المرهون واحداً بل يجوز أن يكون اثنين أو أكثر (رد المحتار) وقد سبق الإيضاح على هذا في شرح تعريف الرهن.

ولكن إذا كان العقد غير واحد فلا يجوز الرهن مثلاً لو رهن كل من الاثنين نصفاً من مال لا يجوز (العناية). سواء في ذلك أأنشأ الإثنان العقد معاً أي اخرجا كلامهما دفعة أو متعاقباً. كرهن واحد من هذين الإثنين نصف مال أولاً ثم رهن الآخر النصف الثاني «الأنقروي». لأنه وإن لم يوجد شيوع لاتحاد العقد بملابسة وخروج الكلام دفعة عند إنشاء العقد معاً إنما يطرأ الشيوع أخيراً. إذ أنه لما رهن أحد الإثنين على حدة مقابل حصته من الدين فبأدائه يكتسب حق استرداد المرهون فتمس إذاً الحاجة أخيراً للمهايأة في القبض لحصول الشيوع وفي هذا التقدير لا يمكن أن يكون حبس المرتهن للرهن دائماً مع أنه لا بد من حق الحبس الدائم في الرهن.

فعلى هذه الصورة عندما يهلك المال الذي رهن وسلم بعقدين في يد المرتهن فإذا كان الهلاك وقع بدون امتناع المرتهن عن الرد والإعادة بعد طلب الراهن فيكون قد هلك أمانة ولا يلزم ضمان على المرتهن (أنظر المادة ٧٦٨). وأما إذا هلك بعد طلب الراهن وامتناع المرتهن عن رده يكون المرتهن متعدياً بامتناعه عن الإعادة وضامناً بضمان الغصب (الأنقروي في أوائل الرهن، ابو السعود، الخلاصة، شبلي).

الباب الثالث

في بيان المسائل المتعلقة بالمرهون وينقسم إلى فصلين

الفصل الأول

في بيان مؤونة المرهون ومصاريفه
ويبحث في هذا الفصل عن محافظ الرهن ومؤونة حفظ المرهون ومصاريفه

١ - محافظ المرهون

﴿المادة ٧٢٢﴾ على المرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه أو بمن هو امينه كعياله أو شريكه أو خادمه.

يعني يجب على المرتهن أن يحفظ الرهن بذاته أو بواسطة من هو امين منه كزوجته أو كبير أولاده أو شريكه بالمفاوضة أو بالعنان أو أجيره الخاص المستخدم عنده شهرياً أو سنوياً وسواء أكان الأمين ساكناً معه أم لا.

المعتبر في العيال أن يكون الشخص الداخل في عيال الآخر ساكناً معه. وليس الاعتبار في ذلك للنفقة. يعني سواء أكانت نفقة ذلك الشخص لازمة عليه أم لا كالزوجة مثلاً فهي من جهة ساكنة مع زوجها ونفقتها لازمة عليه من جهة أخرى وأما الزوج فهو وإن كان ساكناً مع زوجته فنفقته نيست عليها وبناء عليه إذا حفظت الزوجة الرهن بواسطة زوجها جاز بالإتفاق يعني إذا هلك الرهن في يد الزوج بلا تغد ولا تقصير لا يلزم الزوجة الضمان بضمان الغصب بناء على المادة (٩١).

ولا يشترط في حفظ الزوج الرهن بواسطة زوجته أن تكون هذه في عيال زوجها المرتهن (رد المحتار) والحكم في حفظ الولد الصغير المقتدر على الحفظ هو أيضاً على الوجه المذكور (تكملة رد المحتار) والبحر في الوديعة.

الخلاصة- إن حفظ المرهون على هذا الوجه أي بالذات أو بواسطة الأمين واجب ولازم على المرتهن (التنوير ورد المحتار). والحكم في الوديعة أيضاً كما حرر (أنظر المادة ٧٨٠ وشرحها). ولو اشترط الراهن لأجل حفظ الرهن أجرة فليس للمرتهن أن يأخذها (أنظر شرح المادة ٤٥٧). ولكن

للمستودع أن يأخذ أجرة مقابل حفظ الوديعة. (أنظر المادة ٧٧٧) لأن حفظ الوديعة ليس بلازم على المستودع. (رد المحتار).

سؤال- إذا شاء المستودع أمسك الوديعة. ويجب حفظها عليه ما زال ممسكها. وإن شاء رد الوديعة للمودع ويسقط في تلك الحالة وجوب الحفظ عنه. وهذا الرهن هو أيضاً كذلك. إن شاء المرتهن امسكه وتجب حينئذ محافظته عليه وإن شاء رده إلى الراهن ويسقط في هذا التقدير وجوب حفظه عنه. فوالحالة هذه ما هو الفرق إذاً بين الوديعة والرهن به؟ (الشارح).

الجواب- بما أن للمرتهن صلاحية استيفاء الحق من المرهون فيكون المرهون بمنزلة ماله من هذه الجهة فكما أن الإنسان لا يستحق أجرة في مقابلة المحافظة على ماله فكذلك لا يمكن أن يكون للمرتهن أجرة مقابل حفظ الرهن وليس للمستودع من حق في الوديعة (دار الفتوى العالية). وجواب دار الفتوى هذا جيد ولكنه لا يصلح دليلاً (رد المحتار) ولذلك يمكن إعطاء الجواب بالصورة الآتية:

حينما أشترطت الأجرة للمستودع أصبح العقد عقد إجارة والمستودع أجيراً. وبهذه الصورة أصبح المستودع مجبوراً على حفظ الوديعة أثناء المدة التي عقدت المقاولة عليها وليس له أن يردها للمودع ويقول لا أحفظها يعني أن أخذ المستودع أجرة هو نتيجة عقد الإيجار وليس نتيجة مجرد عقد الاستحفاظ (الشارح).

الأصل فيما يوجب الضمان وعدم الضمان في الرهن: ذكر الأصل الآتي في هذا الصدد وهو:

كل فعل يلزم من أجله الضمان على المستودع يجب ضمان الغصب على المرتهن أيضاً من أجله وكل فعل لا يلزم بسببه الضمان على المستودع لا يجب ضمان الغصب على المرتهن أيضاً بسببه(رد المحتار).

قيل (ضمان الغصب) لأن المرهون بهذه الصورة أيضاً مضمون من الوجه الوارد في لاحقة شرح المادة (٧٤١) فإذا أمسك المرتهن الرهن لأجل الحفظ لا يلزمه الضمان وان أمسكه لأجل الاستعمال يكون ضامناً ويوجد فرق بين هذين الوجهين من الإمساك. مثلاً إذا أمسك المرتهن الرهن في موضع يمسك فيه لأجل الإستعمال فإمساكه هذا يكون إمساك استعمال. وأما إذا أمسكه في موضع لا يمسك فيه لأجل الإستعمال يكون ذلك الإمساك إمساك حفظ. فعليه إذا وضع الخاتم في كيسه أو وضع العمامة على كتفه أو لف القميص على رأسه تكون هذه الحالات حفظاً وأما إذا وضع الخاتم في خنصره الأيمن أو الأيسر أو تقلد السيف أو لف العمامة على رأسه أو لبس القميص فهذه الحالات استعمال (تكملة البحر والخانية).

وهاك بيان بعض المسائل التي تتفرع على هذا الأصل.

أولاً- للمرتهن أن يودع الرهن زوجته لأجل الحفظ فبهذا التقدير إذا أودع المرتهن الرهن

زوجته وهلك فليس للراهن أن يسترد المرهون من الزوجة المذكورة جبراً عند وفائه الدين (البهجة في الرهن). أنظر المادة (١٦٣٧).

ثانياً- ليس للمرتهن أن يحفظ الرهن بواسطة غير الأشخاص المذكورين في هذه المادة كمن لم يكن أمينه مثلاً. لأن الأيدي تختلف في الحفظ والأمانة. وإن كان الشخص من جملة عيال المرتهن. وعلى تقدير ذلك إذا حفظ المرتهن الرهن عند غير زوجته مثلاً وهلك يضمن بضمان الغصب أنظر المادة (٧٨٠).

ثالثاً- إذا أودع المرتهن الرهن عند غير الأشخاص المذكورين في هذه المادة وهلك في يد المستودع فكما أن المرتهن يكون ضامناً المرهون بضمان الغصب يلزم الضمان أيضاً على المستودع عند الإمامين. ولا يلزم عند الإمام الأعظم (شبلي).

رابعاً- إذا وضع المرتهن الرهن في بيته وتركته زوجته غير الأمينة أيضاً وذهبت إلى جهة أخرى ومتاع الرهن وجب الضمان على المرتهن. (البحر في الوديعة).

خامساً- إذا توفي المرتهن مجهلاً لزم الضمان من تركته «الخيرية». (أنظر المادة ٨٠١).

سادساً- إذا آجر المرتهن الرهن أو اعاره لآخر أو استعمله وتلف الرهن فيلزم المرتهن ضمان كل قيمته وإذا طرأ نقصان على قيمته يضمن جميع نقصان القيمة.

لأن ما زاد من الدين على قيمة المرهون أمانة والأمانة مضمونة بالتعدي «الهداية». «أنظر المواد ٧٨٧و ٧٩٠و ٧٩٢».

مثلاً لو لبس المرتهن الثوب المرهون أو ركب الحيوان المرهون بلا إذن وهلك المرهون فكما أنه يضمن قيمته بالغاً ما بلغ يضمن أيضاً نقصان القيمة إذا طرأ نقص على قيمة المرهون. وإن كان بدل الضمان ديناً وكان الدين معجلاً يقع التقاص وإن لم يكن معجلاً يبقى بدل الضمان في يد المرتهن بصفة رهن ويأخذه المرتهن مقابل مطلوبه عند حلول الأجل. وإذا لم يكن بدل الضمان ديناً لا يقع تقاص بل تبقى القيمة المذكورة مرهونة في يد المرتهن «مجمع الأنهر». ويأتي تفصيل ذلك في شرح المادة «٧٤١»

عودة المرتهن إلى الوفاق بعد المخالفة- إذا عاد المرتهن إلى الوفاق بعد المخالفة أي إذا ترك التعدي والحال التي توجب الضمان فيبرأ من ضمان الغصب ولكن إذا أنكر الراهن عودة المرتهن إلى الوفاق وجب على المرتهن إثباتها فإن لم يثبت وبطلبه حلف الراهن اليمين على عدم العلم لزم على المرتهن ضمان الغصب لأن المرتهن أقر بسبب الضمان. «رد المحتار» «أنظر المادة ٩٧».

بيان اختلاف الفقهاء في الأمين: ان حفظ الوديعة والرهن بواسطة الأمين وإن كان جائزاً فقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان يشترط أن يكون هذا الأمين في عيال المستودع أو المرتهن أم لا. فاشترط بعض الفقهاء أن يكون الأمين في العيال. وعندهم إذا هلك الرهن عند الأمين الذي ليس في

العيال يلزم المرتهن الضمان. وقال البعض الآخر ان كون الأمين في العيال ليس بشرط ويمكن محافظته بالأمين الذي ليس في العيال وفي هذه الحالة لا يلزم المرتهن الضمان عند هلاكه. ومن قول المجلة «شريكه أو خادمه» يتحقق انها اختارت القول الثاني (تكملة رد المحتار) لأن عبارة شريك كما أنها ذكرت بمقابلة عيال فشريك المرء مفاوضة أو عناناً لا يكون في عياله بصورة دائمة.

٢- مؤونة حفظ الرهن

﴿المادة ٧٢٣﴾ المصرف المقتضى لأجل محافظة الرهن كإيجار المحل وأجرة الناطور عائد على المرتهن.

أولاً: إن إيجار المحل الذي يحفظ فيه الرهن كمراح الغنم والاصطبل والأشياء المماثلة ثانياً: أجرة الناطور الذي يحافظ على الرهن ثالثاً: ما يلزم لرد الرهن كاملاً أو جزء منه فإن مصرف هذه الأنواع الثلاثة يعود على المرتهن ولو اشترط أثناء العقد على الراهن. لأنه كما ان حق إمساك الرهن حق المرتهن فحفظه أيضاً واجب على المرتهن ومؤونة إمساكه وحفظه أيضاً عائدة عليه (الزيلعي). ثم حيث أن المرتهن مستفيد ومنتفع من حفظ الرهن وجب أن يتحمل أيضاً مضرته بناء على المادة (٧٨).

ويستفاد من ذكر هذه المادة بصورة مطلقة أن المصاريف تعود على المرتهن سواء أكان الرهن في يد المرتهن أم في يد العدل. وإن كانت قيمة الرهن أزيد من الدين. لأن وجوب المصرف المذكور نشأ من حق الحبس وحق الحبس ثابت في الكل أي بما زاد عن الدين أيضاً.

وإن اشترط الراهن للمرتهن أجرة مقابل حفظ الرهن فليس للمرتهن أن يأخذ أجرة. كما أشير إليه في شرح المادة السابقة. ولا تلزم المصاريف المذكورة على الراهن بناء على هذا الشرط (رد المحتار) أنظر شرح المادة (٨٣).

يفهم من هذه التفصيلات أن هذه المصاريف لا تقاس على الفقرة الثالثة من المادة «٧٨٦».

وكذلك إذا فر المرهون فأجرة رده عائدة على المرتهن وإذا كان المرهون حيواناً فمعالجة أمراضه وقروحه أيضاً تعود على المرتهن «لسان الحكام» هذا إذا كانت قيمة المرهون مساوية للدين أو أقل منه وأما إذا كانت قيمة المرهون أكثر من الدين فتقسم مؤونةُ الرد بين المضمون والأمانة فالمقدار الذي يصيب المضمون يعود على المرتهن والمقدار الذي يصيب الأمانة يكون عائداً على الراهن «شرح المجمع». لأن يد المرتهن على مازاد من المرهون على الدين كيد المستودع فلا يلحقها ضمان «لسان الحكام».

مثلاً إذا رهن حيوان قيمته ثلاثة الاف قرش ثم فر الحيوان وضاع فإذا اقتضي صرف تسعين

قرشاً لإعادته من المحل الذي وجد فيه فيعطي المرتهن ثلاثين والراهن ستين قرشاً «تكملة البحر والخانية».

٣- مصارف المرهون

﴿المادة ٧٢٤﴾ الرهن إن كان حيواناً فعلفه وأجرة راعيه على الراهن وإن كان عقاراً فتعميره وسقيه وتلقيحه وتطهير خرقه وسائر مصاريفه التي هي لإصلاح منافعه وبقائه عائدة على الراهن أيضاً.

يعود على الراهن نوعان من المصاريف.

النوع الأول: المصاريف التي هي لأجل بقاء الرهن. كعلف الحيوان وأجرة الراعي وتعمير العقار.

النوع الثاني: المصاريف التي هي لأجل إصلاح منافع الرهن كالسقي والتلقيح وتعشيب الزرع. وعلف الحيوان المرهون أي مأكوله ومشروبه وأجرة راعيه وإن كان من جنس الغنم فأجرة جز صوفه وإن كان عقاراً فتعميره وإن كان حقلاً أو بستاناً فسقيه أو شجراً مثمراً فتلقيحه وتعشيب كل هذه الأراضي وتطهير خرقها، يعني كل هذه المصاريف التي تتعلق ببقاء ذات المرهون وإصلاح منافعه وخراج المرهون وضريبته أيضاً تعود على الراهن. سواء أكان الرهن في يد المرتهن أم في يد العدل. وسواء أكانت قيمته زائدة عن الدين أم لم تكن. لأن الرهن ومنافعه مع بقائه ملكاً للراهن فمعظم المنفعة الحاصلة من الإمساك ترجع إليه فبناء على قاعدة (الغرم بالغنم) كانت كل هذه المؤونات عائدة على الراهن (الدرر، الزيلعي رد المحتار والهندية في الباب الرابع). حتى ولو شرط هذا النوع من المؤونة على المرتهن فلا حكم له. أنظر شرح المادة ٨٣.

ذكرت المجلة الضابط والقاعدة لأجل تعيين أنواع المصاريف العائدة على الراهن في عبارة (بقاء الرهن وإصلاح منافعه) وبينت أمثلة القاعدة المذكورة في عبارة (والأشياء التي كأجرة الراعي) (الزيلعي).

وتتفرع المسألة الآتية عن لزوم علف الحيوان على الراهن: إذا ارتهن شخص من آخر حيواناً وقبضه مقابل كيلة شعير أقرضه وسلمه إياها وأكل الحيوان الشعير فلا يكون المرتهن استوفى مطلوبه لأن علف الحيوان عائد على الراهن (رد المحتار).

أجرة الراعي تلزم الراهن لأن الراعي لكونه واسطة إيصاله العلف إلى الحيوان يكون سبباً لعلفه .

سؤال- الراعي كما أنه يسوق الحيوان إلى المرعى والعلف فهو يحفظه أيضاً فإذن الراعي جامع

للاعلاف والمحافظة معاً والحال أن العلف عائد على الراهن والمحافظة على المرتهن فإذن يجب أن يأخذ أجرته مناصفة من الإثنين.

الجواب- المقصود الأصلي من الراعي الأعلاف والحفظ تبعي. ولذلك فان الراعي يأخذ أجرته مقابل الأعلاف وليس مقابل المحافظة التي هي أمر تبعي. كما هي الحال في ثمن المبيع فالثمن فيه مقابل أصل المبيع وليس مقابل أطرافه كاذنه ورجله إن كان حيواناً. أو لا ترى أنه لهذا السبب لا يجري حد السرقة على ما سرق حيواناً من المرعى ويجري على من سرقه من اصطبله «الكفاية وشرح الهداية».

ليس للراهن أن يؤدي النفقة العائدة عليه من نماء الرهن. بناء عليه إذا كان نماء في الرهن وقصد الراهن أن يفي المصروف المقتضي للرهن من النماء المذكور فلا يسمح له بذلك. أنظر شرح المادة ٧٢٩ (الهندية قبيل الباب الخامس). مثلاً لو أراد الراهن أن يبيع ثمار الكرم المرهون التي هي من زوائده ويفي من اثمانها مصاريف حفره وشغله فللمرتهن أن لا يسمح له بذلك.

ضرائب الرهن: الضريبة الموضوعة على الرهن وعشره وخراجه أيضاً عائدة على الراهن. لأن هذه الأشياء هي مؤونة الملك. بناء عليه إذا استوفيت من المرتهن فلا يحق له أن يرجع بها على الراهن لأنه يكون متبرعاً في هذه التأدية فكما أنه يكون متبرعاً ان أعطاها برضاه تطوعاً لا يحق له الرجوع أيضاً ان أعطاها مكرهاً أنظر شرح المادة (٥١٩). (لسان الحكام) ما لم يكن الراهن أمر المرتهن بدفعها. ففي تلك الحالة يحق للمرتهن أن يرجع على الراهن. أنظر المادة (١٥٠٦).

﴿المادة ٧٢٥﴾ إذا أوفى الراهن أو المرتهن المصروف العائد على الآخر من تلقاء نفسه يكون متبرعاً وليس له بعدئذ أن يطالب به.

القاعدة هي أنه إذا أوفى شخص مصروفاً عائداً على غيره بدون أمره أو إذن الحاكم يكون متبرعاً. فيتفرع على هذه القاعدة مسائل من أبواب علم الفقه المتفرقة.

الرهن: إذا أدى الراهن أو المرتهن مصروفاً عائداً على الآخر بدون أمر الحاكم أو أمر الآخر بل من تلقاء نفسه يكون ذلك الأداء تبرعاً كتأدية أحد دين المدين بدون أمره (الزيلعي). بناء عليه بعد الأداء برضاه لا تحق له المطالبة. أنظر المادة (١٥٠٨). (الخانية). لأنه ليس مضطراً بالإنفاق طالما أنه مقتدر على استحصال أمر الحاكم بالإنفاق وتأمين حق مراجعته بهذه الصورة (رد المحتار).

مثلاً إذا أوفى الراهن المصروف المذكور في المادة (٧٢٢) تطوعاً فكما أنه ليس له أن يرجع على المرتهن فليس للمرتهن أيضاً أن يرجع على الراهن لو أوفى المصروف المذكور في المادة الآنفة (تكملة البحر).

وإذا حصل للرهن بذلك المصرف شرف وزيادة يجب على المرتهن أن يرده إلى الراهن بهيئته

أي بذلك الشرف وتلك الزيادة وليس له أن يطلب من الراهن مقابل ذلك شيئاً (واقعات المفتين).

مثلاً لو كان المرهون بئراً ولإباحة الراهن للمرتهن الانتفاع به رممه المرتهن بدون أمر وازدادت مياهه فعلى المرتهن أن يرده بعد أداء الدين بالهيئة التي هو فيها (الأنقروي في الرهن).

استثناء- إذا لم يكن في البلدة قاض وأثبت المرتهن أنه أوفى المصروف العائد للرهن بناء على أن يرجع على الراهن فله الرجوع (رد المحتار).

قوله في المجلة (من تلقاء نفسه) يشار إلى مسألتين:

مسألة «١»: إذا أوفى أحد من الراهن والمرتهن المصروف العائد على الآخر بأمره يرجع عليه. مثلاً لو أوفى المرتهن المصروف العائد على الراهن يرجع عليه. راجع المادة (١٥٠٨).

مسألة «٢»: إذا امتنع أحد من الراهن والمرتهن عن أداء المصرف العائد على نفسه يراجع الآخر الحاكم. والحاكم يأمر الذي راجعه أن يفي المصروف العائد على الممتنع بناء على أن يكون ديناً يرجع به عليه بعدئذ. فإذا أوفى المصروف بناء على هذا الأمر يأخذه من الذي امتنع. سواء أكان الممتنع عن المصرف حاضراً أم غائباً أو كان المرهون موجوداً أم غير موجود فإذا أدى المرتهن المصروف مثلاً العائد على الراهن بناء على أمر يرجع عليه. (الدر المختار ورد المحتار والخانية).

ولكن أمر الحاكم بمجرد الإنفاق لا يكفي لصحة الرجوع بل يلزم أن يكون الأمر بالإنفاق بشرط الرجوع على الآخر. وبتعبير آخر إذا لم يصرح الحاكم في أمره بشرط الرجوع فليس للمنفق أن يرجع. كما هي الحال في اللقطة (الزيلعي). لأن أمر الحاكم بمجرد الإنفاق ليس للإلزام بل يتردد بين أن يكون حسبياً لأجل الثواب وبين أن يكون ديناً وحيث أن الأول هو الأقرب فطالما لم ينص على الأبعد فصرفه إلى الأقرب يكون أولى (رد المحتار).

كما سيوضح في شرح المادة (١٣١٥) إذا كان الطابق العلوي لشخص واحترقت أو انهدمت أبنيته والطابق السفلي لآخر. وقال صاحب الطابق العلوي لصاحب السفلي: **أنشِئ** أنت أبنيتك حتى أقيم أبنيتي عليها وامتنع صاحب السفلي عن إنشاء بنائه **فأنشأه** صاحب العلوي بدون أمر الحاكم صح له الرجوع مع أنه في هذه المسألة لا تصح المراجعة بالصرفات الحاصلة بدون أمر الحاكم. فما هو الفرق بين هاتين المسألتين؟.

الجواب- إنه متى راجع صاحب العلوي الحاكم ليس له أن يجبر صاحب السفلي على البناء وان صاحب العلوي مضطر وليس له من طريق لاصلاح حقه والانتفاع من ملكه سوى بناء الطابق السفلي. وأما في هذه المسألة فالمرتهن ليس مضطراً للإنفاق وعند مراجعته الحاكم فإن كان الراهن حاضراً يجبره على الإنفاق وإن كان غائباً يأمر المرتهن كما ذكر مفصلاً آنفاً (ابو السعود).

حل الاختلاف في المصروف- متى أمر الحاكم المرتهن بإيفاء المصروف العائد على الراهن بشرط أن يرجع به عليه وادعى المرتهن أنه صرف كذا مقداراً وطلب الرجوع على الراهن فإن أقر

الراهن بذلك فبها وإن أنكر تطلب البينة من المرتهن فإذا ثبت فيها وإلا يحلف الراهن على عدم العلم «الهندية في الباب الرابع من الرهن».

سؤال- إذا كان الممتنع عن الإنفاق هو الراهن وصرف المرتهن نقوداً على الرهن بناء على الأمر الذي أعطاه إياه الحاكم فهل يحق للمرتهن أن يحبس الرهن بدون رضا الراهن لكي يأخذ النفقة؟ في الكتب الفقهية أقوال متخالفة بحق هذه المسألة.

نظراً للنقل الوارد في رد المحتار عن البزازية ونقل الهندية عن المضمرات في الباب الرابع ونقل المجمع عن الخلاصة ليس له أن يحبسه خلافاً لنقل صاحبه (رد المحتار) المحكي آنفاً له أن يحبسه نظراً لما هو مذكور في البزازية كما يأتي: إذا صرف المرتهن نقوداً على الرهن بناء على امتناع الراهن وأمر الحاكم واذنه فعند الإمام الأعظم والإمام محمد رحمهما الله تعالى حيث أن الرهن المذكور يكون مرهوناً مقابل هذا المصرف أيضاً فللمرتهن أن يحبسه لأجل استيفاء المصروف المذكور من الراهن. وإذا هلك الرهن المذكور في يد المرتهن فإن كانت قيمة المرهون كافية فكما أنه يسقط أصل الدين كما سيأتي بيانه في شرح المادة (٧٤١) يسقط المصروف أيضاً ولا يحق للمرتهن أن يراجع الراهن بذلك المصروف بعد ذلك البتة. وأما عند الإمام ابي يوسف لا يكون الرهن المذكور مرهوناً مقابل ذلك المصروف على هذه الصورة. وقال صاحب العناية إنه نظراً لقول الإمام زفر يكون الرهن المذكور مرهوناً مقابل ذلك المصروف وعند الإمام ابي يوسف لا يكون مرهوناً.

البيع- إذا زاد أجنبي بلا أمر في ثمن المبيع يكون متبرعاً وليس له أن يرجع على المشتري كما ذكر في شرح المادة (٢٥٥).

الإجارة- إذا أوفى المستأجر المصاريف العائدة على المؤجر بلا أمر يكون متبرعاً كما ورد بيانه في المادة (٥٢٩) وفي شرحها. وإذا أعطى المستأجر الحيوان المأجور علفاً بدون أمر يكون متبرعاً كما جاء في المادة (٥٦١).

الكفالة- إذا كفل شخص دين آخر بدون أمره يكون متبرعاً كما جاء في شرح المادة (٦٥٧).

الأمانات- إذا صرف المستودع الوديعة بلا أمر ولا إذن يعد متبرعاً كما ذكر في المادة (٧٨٦) وإذا صرف الملتقط على اللقيطة بلا أمر يكون متبرعاً كما سيبين شرحها في مباحث اللقطة وكتاب الأمانات .

الشركة- المشارك الذي يرمم الملك المشترك من تلقاء نفسه يكون متبرعاً كما جاء في المادة (١٣١١)

الوكالة- إذا أوفى شخص دين آخر بدون أمر يكون متبرعاً كما سيوضح في شرح المادة «١٥٠٦».

الصلح والإبراء- إذا صالح أحد فضولاً عن دعوى غيره وأدى بدل الصلح من ماله يكون متبرعاً في بدل الصلح، كما ورد بيانه في المادة «١٥٤٤».

الفصل الثاني

في رهن المستعار

﴿المادة ٧٢٦﴾ يجوز لشخص أن يستعير مال غيره ويرهنه بإذنه ويقال له رهن المستعار.

وبتعبير آخر يجوز لشخص أن يستعير مالاً من مالكه بناء على أن يرهنه مبيناً له ذلك ويرهنه. لأنه كما يجوز لشخص أن يرضى بتعلق دين الغير بذمته بالكفالة له أيضاً أن يرضى بتعلق دين المستعير بماله (رد المحتار). وكما أنه لشخص أن يفي دين غيره بماله الخاص حقيقة ويزيل بهذا الوجه يده وملكه من مال نفسه له أيضاً أن يفي دين غيره حكماً بماله الخاص ويتبرع في هذه الصورة بإعارة الرهن. لأن الرهن إيفاء حكماً «الهندية والعيني». وأما إذا استعاره لأجل الاستعمال ورهنه يكون غاصباً كما لو رهن أحد مال غيره بدون إذنه ورهنه فيكون غاصباً أيضاً. وبيان أحكام الرهن المغصوب يأتي في لاحقة شرح المادة «٧٢٨».

ويقال لهذا أي للمال الذي استعير بقصد الرهن ورهن حقيقة رهن المستعار وهو على قسمين:

القسم الأول: الاستعارة ابتداء ثم الرهن وهذا مذكور في هذه المادة.

القسم الثاني: الاستعارة إجازة وهي أن يأخذ شخص مال غيره فضولاً وبعد أن يرهنه إذا أجازه صاحب المال جاز وكان هذا المال رهناً مستعاراً «أنقروي في الرهن». أنظر المادة «١٤٥٢».

وتعريف الاستعارة والمستعار مذكور في المادتين (٧٦٥، و٧٦٧). وليس للمستعير أن ينتفع بالرهن ولا أن يستعمله قبل الرهن ولا بعد انفكاك الرهن فإن فعل ضمن ولو استعمله قبل الرهن ثم رهنه بمثل قيمته يبرأ عن القيمة وليس هذا كرجل استعار شيئاً لينتفع به فخالف ثم عاد إلى الوفاق فإنه لا يبرأ عن الضمان (الخانية).

ذكر العارية المعطاة لترهن في هذا الكتاب مع ذكر العارية في كتاب الأمانات ناشئ عن أن رهن المستعار في بعض الأحكام كالعارية وفي بعض الأحكام يفترق عنها.

والأحكام التي يفترق فيها الرهن المستعار عن العارية هي هذه:

(١) متى أوفى المعير مطلوب المرتهن لاستخلاص الرهن المستعار [illegible] يده واستخلصه يرجع

على الراهن المستعير كما سيأتي بيانه بالمناسبة.

(٢) متى هلك الرهن المستعار في يد المرتهن وسقط مطلوب المرتهن عن الراهن يرجع المعير على المستعير أيضاً. كما لو تعيب الرهن المذكور في يد المرتهن وسقط الدين بتلك النسبة على ما سيأتي الكلام عليه في المادة (٧٤١) يرجع المعير على المستعير (الهندية في الباب الحادي عشر من الرهن). حتى أنه لو هلك الرهن المستعار وهو باق في يد المستعير بعد أن يفي الراهن الدين يعيد المرتهن المبلغ الذي أخذه إلى الراهن ويكون الراهن ضامناً للمعير على الوجه المذكور.

سؤال، نظراً للمادة (٧٧١) من المجلة لم يكون من الواجب ترتب الضمان على المستعير إذا قبض المستعير المستعار واستلمه بإذن المعير؟

الجواب- ضمان المستعير للمستعار ليس بسبب القبض بل لأنه أوفى دينه من المال المستعار وكل من أوفى دينه بمال الغير وبإذن الغير يلزمه الضمان.

(٣) إذا كان رد المستعار يحتاج إلى مصاريف لحمله فهذه المصاريف تعود على المعير. وفرق بينها وبين غيرها العاريات وفي غير هذا يكون الرد على المستعير لأن هذا إعارة فيها منفعة لصاحبها فإنها مضمونة في يد المرتهن وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الإجارة وفي الإجارة يكون الرد على الآجر (الخانية).

وتجري بعض أحكام العارية في الرهن المستعار المذكور وهذا بيانه:

أولاً- إذا فك الراهن المستعار ورده إلى المعير مع وكيله وهلك في يد الوكيل فإن كان الوكيل المرقوم أمين الراهن فلا يلزم ضمان على الراهن وإلا فالضمان لازم. (أنظر المادة ٨٢٨).

ثانياً- بعد أن أوفى الراهن الدين إذا ارسل رجلاً إلى المرتهن كي يقبض الرهن المستعار ويحضره وقبض ذلك الرجل الرهن وهلك في يده فالحكم فيه على المنوال المشروح (الهندية).

﴿المادة ٧٢٧﴾ إذا أذن صاحب المال مطلقاً كان للمستعير أن يرهنه بكل وجه.

إذا لم يكن إذن صاحب المال أي المعير مقيداً بأحد الوجوه التي سيأتي ذكرها في المادة الآتية أو بعضها بل كان مطلقاً جاز للمستعير أن يرهنه أولاً مقابل القليل أو الكثير من الدين ثانياً مقابل أي جنس كان من الدين ثالثاً أينما شاء رابعاً لمن شاء (الخانية). أنظر المادة(٦٤). لأن الإعارة حيث أنها مبنية على المسامحة يجب اعتبار الإطلاق فيها. والإطلاق هو كمال المسامحة. حتى أنه بناء على هذا لا تفضي الجهالة في العارية إلى النزاع (الهداية).وقد مر في الفقرة الأولى من المادة (٨١٦) أن الحكم في الإعارة المطلقة على هذا المنوال.

المقصود من الإطلاق في هذه المادة عدم وجود أحد القيود الأربعة المذكورة في المادة الآتية.

وأما إذا وجدت القيود المذكورة كلها كان الإذن من كل الوجوه مقيداً وليس إذ ذاك للمستعير أن يخالفها. وإذا كان بعض القيود موجوداً والبعض الآخر مطلقاً فليس له أن يخالف المقيد منها وله أن يستفيد من الجهة المطلقة منها على الإطلاق.

مثلاً إذا قال المعير ارهن في البلدة الفلانية كان للمستعير أن يرهن في تلك البلدة مقابل القليل أو الكثير وأي جنس من الدين لمن شاء من الناس.

تقسيم الإعارة لأجل الرهن- تقسم الإعارة لأجل الرهن إلى ثلاثة أقسام

القسم الأول- الإعارة المطلقة من كل وجه كما هو في هذه المادة.

القسم الثاني- الإعارة المقيدة من كل وجه وهذا القسم وإن لم يكن مذكوراً في المجلة يستفاد من المادة الآتية.

القسم الثالث- الإعارة المقيدة في بعض جهاتها والمطلقة في البعض الآخر كما هو مصرح في المادة الآتية.

الاختلاف في اطلاق أو تقييد الإعارة: إذا ادعى المستعير الإطلاق في الإعارة بموجب هذه المادة وادعى المعير التقييد على الوجه المذكور في المادة الآتية وحصل بينهما اختلاف على هذه الصورة فالقول مع اليمين قول المعير. لأن المعير حيث أنه صاحب المال يعلم أكثر من غيره بأي وجه أعطى منافع ماله إلى الغير ثم بالنظر لأن القول في أصل الإعارة للمعير يلزم أن يكون في صنعتها له أيضاً.

وإذا أقام كلاهما البينة ترجح بينة الراهن ويبرأ عن ضمان القيمة الآتي ذكرها في المادة الآتية.

مثلاً إذا قال المعير إني أذنت بالرهن مقابل عشر ذهبات وقال المستعير مقابل عشرين واختلفا في ذلك فالقول للمعير والبينة للمستعير (الهندية في الباب الحادي عشر والتنقيح)..

﴿المادة ٧٢٨﴾ إذا أذن صاحب المال بالرهن مقابل كذا مقداراً من القروش أو في مقابلة ما في جنسه كذا أو للرجل الفلاني أو في البلدة الفلانية فليس للمستعير أن يرهن إلا بصورة موافقة القيد والشرط.

لأن هذه القيود كلها مفيدة للمعير. من جهة أن بعض المال الذي يحصل مقابلة الرهن يكون أكثر يسراً بالنسبة لغيره لإيفاء المعير الدين واستخلاصه المرهون كما ان الأشخاص يتفاوتون أيضاً في الحفظ والأمانة (رد المحتار). وسيجيء تفصيل ذلك قريباً.

حكم الرهن المستعار المرهون بصورة موافقة للقيد والشرط أو مخالفة له:

إذا رهن المستعير بصورة موافقة للقيد والشرط ثم هلك المرهون في يد المرتهن لا يضمن

قيمته. بل أنه يضمن بالرهن المستعار الهالك بمقدار ما أوفى من دينه كما سيفصل في شرح المادة (٧٣٢). لأن المستعير يكون أوفى بمال غيره ديناً بمقدار ذلك المال. إذ أنه لما استعار المستعير وأعار المعير يكون كأن المستعير أمر المعير بأداء دينه من مال المعير والمأمور بقضاء الدين يراجع آمره بالمقدار الذي أداه (العيني). أنظر المادة (١٥٠٦) وليس للمستعير أن يخالف ذلك القيد والشرط. أنظر المادة (٨١٧). وتفصيل عدم إمكانه المخالفة على الوجه الآتي: لما أذن صاحب المال بإعطاء رهن مقابل كذا مقداراً من الدراهم وقيده بهذه الصورة فليس للمستعير أن يرهن في مقابلة دين أكثر منه. لأنه قد يتأتى أن يؤدي المعير الدين ويحتاج إلى استخلاص ماله. فإذا رهن المستعير مقابل دين أزيد يصبح المعير مجبوراً على أداء دين زائد عن المقدار الذي عينه ومتضرراً من ذلك.

وليس للمستعير أن يرهن أيضاً مقابل دين انقص منه لأنه في تلك الحالة يجب أن يكون المقدار الذي يزيد من قيمة المرهون على الدين أمانة والمعير لم يكن راضياً بالأمانة بل مرجحاً جهة الضمان وكان التقييد المذكور مفيداً له.

والتقييد بجنس كذا مفيد وبالمرتهن والبلدة أيضاً مفيد لأن أداء بعض الدين أسهل للمعير بالنسبة للآخر قد يكون تخليص الرهن في كذا بلدة أسهل من غيرها للمعير كما أن الأشخاص تتفاوت أيضاً في الحفظ والأمانة.

مثلاً لو أذن شخص للآخر بالرهن مقابل مبلغ معين لرجل معين أو في بلدة معينة أو مال جنسه كذا فليس للمستعير أن يرهنه مقابل دين أزيد أو أنقص أو مالاً من غير جنس أو في بلدة أخرى.

وعليه اذا خالف المستعير شروط المعير وقيوده يكون الرهن فضولياً فإن شاء المعير أجازه ويتم الرهن بهذه الصورة. وإن شاء فسخ الرهن. وعلى هذا الوجه متى كان الرهن موجوداً وفسخ فالمعير يدعي الرهن بحضور الراهن من المرتهن ويبين أنه فسخ عقد الرهن ويأخذ المرهون. واذا هلك الرهن المذكور في يد المرتهن لزم الضمان وبتعبير آخر: المعير مخير إن شاء ضمنه للمستعير. لأن المستعير بتصرفه في ملك الغير بالصورة التي لم يؤذن له بها يكون غاصباً ويتم الرهن في هذه الحالة. أنظر اللاحقة الآتي ذكرها.

ولأن المستعير مالك المرهون بالضمان بطريق الإستناد عليه يكون قد رهن ملكه. وإن شاء ضمنه للمرتهن لأن المرتهن بأخذه وقبضه مال الغير بدون إذنه يكون غاصب الغاصب. أنظر المادة (٩١٠).

وفي هذه الحالة يستوفي المرتهن مطلوبه من الراهن من رجوعه عليه بالشيء الذي ضمنه ويتسنى رجوعه على الراهن بسبب فلان من جهته وعلى شرح المادة (٦٨٥) من جهة أخرى ورجوعه بالدين أيضاً مبني على عودة حقه بانتقاض القبض (ابو السعود، الهندية في الباب الحادي عشر، رد المحتار، البزازية في الثالث في الضمان، الخانية) أنظر شرح المادة (٧٠١).

استثناء- اذا أذن المعير بالرهن مقابل كذا مقداراً من الدراهم يحصل في هذا ثلاث صور فقط

الصورة الأولى- تساوي قيمة المستعار بمقدار الدين الذي عينه المعير.

الصورة الثانية- كون قيمة المستعار أكثر من الدين المسمى.

وفي هاتين الصورتين للمستعير أن يرهن المستعار مقابل الدين المسمى وليس له أن يرهنه مقابل أكثر أو أقل منه. فإن فعل يضمن وأسبابه ذكرت آنفاً (رد المحتار).

الصورة الثالثة- كون قيمة المستعار أقل من الدين المسمى. وفي هذه الصورة أيضاً للمستعير أن يرهن المستعار مقابل الدين المسمى وليس له أن يرهنه مقابل دين أكثر وسببه ذكر أعلاه. وأما في هذه الصورة الثالثة فإذا رهن المستعار بمقابلة دين أقل من الدين المسمى ينظر:

١ - إذا كان الدين المراد الرهن في مقابله غير الدين المسمى وكان مساوياً لقيمة الرهن فالرهن صحيح. وفي حال هلاكه لا يلزم ضمانه على المستعير. لأن هذه المخالفة مخالفة للخير وهي جائزة (أنظر المادة ٩١).

٢ - وإذا كان الدين المذكور أقل من قيمة الرهن فلا يصح الرهن ولا يكون نافذاً وفي حال هلاكه يلزم الضمان على المستعير.

مثلاً- إذا أذن المعير للمستعير أن يرهن مالاً له بقيمة مائة وخمسين قرشاً في مقابلة دين مقداره ماية وخمسون قرشاً فللمستعير أن يرهن ذلك المال مقابل دين بمقدار ماية أو ماية وخمسين قرشاً وليس له أن يرهنه مقابل الدين البالغ ماية وستين أو تسعين قرشاً. فإن فعل وهلك المرهون يضمن. لأنه قد يكون للمعير من تعيين مقدار الدين غرضان: الأول كون الدين قليلاً لأجل أن يفيه المعير بالذات عند الحاجة ويستخلص ماله من الرهنية بموجب الفقرة الأخيرة من المادة (٧٣٢) الثاني كون الدين كثيراً لأجل أنه عند هلاك الرهن المستعار في يد المرتهن يكون هذا قد استوفى هذا مقداراً زائداً عن مطلوبه ويرجع المعير على المستعير بذلك المقدار. كما سيبين في لاحقة شرح المادة (٧٤١).

إذاً لم يجوز رهن المستعار مقابل دين أكثر من الدين المسمى بناء على الغرض الأول وجوز الرهن مقابل دين أقل من الدين المسمى بشرط أن لا يكون أدنى من قيمة الرهن بناء على الغرض الثاني. وحيث أن الغرضين يمكن حصولهما في الفقرة التي أشير إليها برقم (١) يعني نظراً لأن المخالفة على ذلك الوجه لا تورث ضرراً للمعير فتكون المخالفة لأمر المعير قد جوزت في هذا الخصوص ظاهراً أنظر المادة (٨١٨).

ويفهم من التفصيلات المشروحة أن فقرة المجلة (إلا بصورة موافقة للقيد والشرط) ليست

على الإطلاق (الشرنبلالي والبزازية).

قد ذكر في هذه المادة أربع صور من التقييد فالتقييد بالصور الأربع المذكورة كما أنه يمكن اجتماعه يمكن أيضاً أن يكون البعض منه موجوداً والبعض الآخر غير موجود كما تبين في شرح المادة السالفة ويوجد صورة خامسة وهي تقييد العارية بالتوقيت.

وحيث أنه يجوز توقيت العارية كما هو مسطور في المادة (٨٢٦) فليس للمعير أن يطلب العارية من المستعير قبل ختام المدة المعينة في العارية التي جرى توقيتها لأجل الرهن. ولكن له أن يطلبها عند ختام المدة. ويجبر المرتهن على تخليص المرهون ورده إلى المعير (رد المحتار والهندية في الباب الحادي عشر من الرهن) «أنظر المادة ٧٣٢». لكن بينما كان التوقيت مقيداً للمعير في المجلة أصبحت فائدته عائدة إلى المستعير. إنما يجب الانتباه إلى أن موضوع البحث هنا هو توقيت العارية بقصد الرهن وأما مجرد رهن المستعير مقابل الدين المؤجل فلا يمنع المعير من طلب المستعار في الحال.

مثلاً إذا رهن رجل وسلم مالاً استعاره لأجل الرهن على الإطلاق في مقابلة الدين الذي أجله لمدة سنة فللمعير حق بأن يؤاخذ المستعير في الحال يعني أن يطلب منه استخلاص المستعار ورده إليه الأنقروي.

لاحقة

في رهن المغصوب

إذا اغتصب رجل مال رجل آخر وبعد أن رهنه لشخص غيره اشتراه من ذلك الرجل يكون الرهن السابق نافذاً ولا يسقط دين الرجل المذكور بهلاك ذلك المال. لأن ملكية الراهن ثبتت بعد الرهن. مع أنه إذا هلك المال المذكور في يد المرتهن يكون صاحبه مخيراً: إن شاء ضمنه للراهن بناء على المادة (٩١٠) وينقلب في هذه الحالة الرهن إلى الصحة ويسقط الدين كما سيبين في لاحقة شرح المادة (٧٤١). لأن الراهن يكون ملك المرهون بالضمان اعتباراً من وقت الغصب ويكون تقدم ملك الراهن الرهن. (الدرر) وإن شاء ضمنه للمرتهن. وفي هذا التقدير يبطل الرهن ويرجع المرتهن على الراهن بالشيء الذي ضمنه. لأن سبب ضمان المرتهن هو القبض وعقد الرهن كان قبله فلا ينفذ الرهن بملك متأخر عن العقد (الخانية في فصل فيمن يرهن مال الغير من الرهن وفيه تفصيل رهن المغصوب فليراجع).

فإذا ادعى في هذه الصورة صاحب المال أن المرهون غصب منه وأقر المرتهن فلا يؤثر ذلك الاقرار على الراهن. يعني إذا أقر المرتهن بأن الرهن الموجود في يده ملك فلان غصبه الراهن منه ورهنه عنده لا يؤثر هذا الإقرار في حق الراهن. كما أن إقرار الراهن لا يؤثر في حق المرتهن أيضاً. أنظر المادة (٧٨) بناء عليه يأخذ الراهن المرهون من المرتهن بأداء الدين. وكما أنه لا يحق للمقر له

أن يتداخل في المرهون بسبب اقرار المرتهن فليس له حق المداخلة أيضاً في المطلوب الذي أخذه المرتهن. ولكن إذا هلك هذا الرهن في يد المرتهن يسقط مطلوبه ويضمن أيضاً للمقر له جميع قيمة المرهون. لأن المرتهن أقر بأنه قبض مال المقر له بدون إذنه وكان إقراره هذا حجة عليه. فلما تعذر رد المرهون بسبب هلاكه وجب عليه إعطاء قيمته (الهندية في الباب الحادي عشر من الرهن).

الباب الرابع

في بيان أحكام الرهن وينقسم إلى أربعة فصول

خلاصة الباب الرابع
أحكام الرهن

(١) للمرتهن حق حبس الرهن لحين فكاكه | إقرار الراهن أن المرهون للغير لا يؤثر في حق حبس المرتهن، الأجل في الرهن يفسد الرهن.

(٢) قبل الفكاك إذا توفي الراهن أو أفلس المرتهن يكون أحق من سائر الغرماء.

(٣) إذا هلك المرهون في يد المرتهن يسقط بمقداره من الدين.

إذا أتلف الراهن الرهن	فإن كان مؤجلاً يكون الراهن ضامناً قيمته يوم الاتلاف ويكون بدل الرهن مرهوناً لحين حلول الأجل. وإن كان معجلاً لا يكون ضامناً قيمته إذ لا فائدة من ذلك بل يجب عليه أن يؤدي للمَرتهن جميع الدين.
إذا أحدث عيباً في الرهن	يضمن مقدار النقص المحدث بسبب العيب.
إذا اتلف المرتهن الرهن	فإن كان مؤجلاً يكون ضامناً القيمة يوم الاتلاف وتكون القيمة مرهونة في يد المرتهن. وإن كان معجلاً يسقط مقدار قيمته (إنكار المرتهن في حكم الإتلاف) يسقط من الدين بمقدار نقصان القمية

(٤)المرهون يكون مضموناً بالقيمة يوم القبض بالنسبة إلى المرتهن وبالقيمة يوم التلف بالنظر إلى الأجنبي في الرهن اعتباران

(١) عين الرهن. وهذا وديعة - بناء عليه كل فعل يوجب ضمان المستودع يوجب ضمان المرتهن أيضاً.

	(٢) مالية الرهن وهذا مضمون	ولهذا السبب إذا هلك بلا تعد يسقط الدين بمقدار قيمته حتى لو فقد المرهون في يد المرتهن بعد أداء الراهن الدين يجب على الداين أن يرد للمدين ما أخذه منه: لأن الحق الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين.

(٥) الرهن ليس بمانع من مطالبة الدين.

(٦) إذا تصرف الراهن في المرهون بصورة ممكنة الفسخ قبل أدائه الدين لا ينفذ هذا التصرف ما لم يلحقه رضا المرتهن.

(٧) المرتهن مجبور على إحضار الرهن عندما يطلب دينه.

استثناء	١: إذا كان إحضار الرهن محتاجاً إلى حمل ومؤونة ٢: إذا كان الرهن بيد العدل وكان هذا غائباً ٣: إذا وكل الراهن المرتهن أو العدل بقبض الثمن ولم يقبض ٤: إذا طلب المرتهن دينه من الراهن وكان الرهن بيد العدل	في هذه الصور الأربع لا يلزم المرتهن إحضار الرهن

٨: في الرهن المستعار يرجع المعير على المستعير بعد استخلاص الرهن	ففي قول بمقدار الدين الساقط لدى التلف وفي قول آخر بالشيء الذي يؤديه المعير إلى المرتهن

٩: لا يبطل الرهن بوفاة الراهن والمرتهن. بل تنتقل أحكام الرهن إلى الورثة ويوفى الدين من التركة.

١٠: للراهن أن يودع الرهن إلى آخر وليس له أن يعيره أو يؤجره لأن ليس له أن ينتفع به بدون إذن الراهن. وإذا أذن له وهلك أثناء الانتفاع لا يلزم الضمان لكونه عارية.

١١: يد العدل كيد المرتهن.

١٢: إذا لم يوف الراهن الدين يجبر من قبل الحاكم على بيع الرهن لأجل وفاء الدين.

ليس في هذا البيع اكراه لأنه	أولاً: الاجبار ليس بغير حق ثانياً: الاجبار ليس خاصاً ببيع الرهن بل بتأدية الدين

الفصل الأول

في بيان أحكام الرهن العمومية

﴿المادة ٧٢٩﴾ حكم الرهن أن يكون للمرتهن حق حبس الرهن لحين فكاكه وأن يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إذا توفي الراهن.

للرهن ثلاثة أحكام: الأول أن يكون للمرتهن حق حبس المرهون أي صلاحية توقيفه لبينما يؤدي المدين أي الراهن أو أجنبي الدين الذي جعل الرهن في مقابلته إلى المرتهن أو إلى نائبه كوكيله أو وصيه أو يهب المرتهن الرهن أو يبرئه منه.

الثاني- أن يكون المرتهن أحق وأولى من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن قبل الفكاك إذا توفي الراهن أو كان حياً.

الثالث- يسقط من الدين عند هلاك المرهون في يد المرتهن بمقدار المرهون.

تفصيل الأحكام- المسائل المتفرعة على الحكم الأول:

مسألة١ - إذا أقر الراهن بالرهن للغير لا ينزع المرهونِ من يد المرتهن بمجرد هذا الإقرار. ولا يطرأ خلل على حق حبس المرتهن. (أنظر المادة ٧٨). بل يؤمر الراهن بأداء الدين أو استخلاص المرهون ورده إلى المقر له (الأنقروي).

مسألة ٢ - إذا أراد الراهن أن يأخذ الرهن من يد المرتهن لأجل بيعه في السوق وإيفاء الدين من ثمنه أو لسبب آخر فلا يؤخذ الرهن من يد المرتهن ويعاد إلى الراهن. لأن حكم الرهن الحبس الدائم لحين أداء الدين وليس بيعه وإيفاء الدين من ثمنه (الزيلعي).

ولو طلب المرتهن دينه فقال الراهن للعدل بع الرهن وخذ حقه وقال المرتهن لا أريد البيع وإنما أريد حقي كان له ذلك (الخانية والدر والشرنبلالي).

ويكون المرتهن مخيراً: إن شاء مكن الراهن من بيع الرهن واسقط حق حبسه. وإن شاء لا يمكنه. ولكن إذا باع الراهن الرهن الموجود في يد المرتهن من آخر وأوفى دينه بثمنه للداين يتخير المرتهن على إعادة الرهن للراهن وليس له أن يقول لا آخذ الدراهم ولا أعيد الرهن.

مسألة٣ - لا يمكن للمرتهن أن يملك المرهون ولو لم يؤد الدين لأن حكم الرهن ليس الملكية بل هو عبارة عن حق حبس المرتهن. حتى أنه إذا رهن شخص لآخر مالاً وقال الراهن للمرتهن إذا لم أعطك مطلوبك لحين الوقت الفلاني فليكن المرهون مالاً لك مقابل ديني فلا يطرأ خلل على صحة الرهن. وحيث أنه لا حكم لهذا الكلام يبقى المرهون مرهوناً كالأول وإن مر الوقت المذكور (فتاوى ابن نجيم). وبينما كانت هذه المعاملة مرعية في زمان الجاهلية ابطلها الرسول (صلى الله عليه وسلم) بقوله المبارك (لا تغلق الرهن) والمراد منه لا يكون المرهون بالحبس الكلي محبوساً بصورة أن يصبح مملوكاً للمرتهن (الهداية والكفاية).

مسألة٤ - لا يبقى للمرتهن حق الحبس بعد فكاك الرهن وبناء عليه يجبر على رده إلى الراهن. (أنظر المادة ٩٧). كما يستفاد أيضاً من المادة (٧٣١) ففي هذه الصورة بعد أن يرهن مالاً مقابل دين إذا أوفى هذا الدين فلا ينتقل الرهن المذكور إلى الرهنية مقابل مطلوب آخر للمرتهن في ذمة الراهن (العناية).

مثلاً: لو كان شخص مديناً لآخر بخمسين مجيدياً وعشر ذهبات فاعطاه رهناً مقابل خمسين مجيدياً ثم أدى هذا الدين فليس للمرتهن حق بحبس الرهن في مقابلة العشر ذهبات والحكم على هذا المنوال أيضاً في إبراء الدين وهبته (الزيلعي).

وإذا كان المرهون شيئين ورهنا مقابل دينين بعقد متعدد ومستقل فيكون كل منهما مرهوناً من أجل الحق الذي يقابله. وفي هذه الصورة إذا توفي الراهن وكانت قيمة أحد الرهنين أزيد من الدين وقيمة الآخر أنقص منه فيرد الداين زيادة الرهن إلى الغرماء. وليس له أن يستوفي بقية مطلوبه الآخر من الزيادة المذكورة. بل يلزمه أن يأخذ حصته من هذه البقية غرامة. مع أنه إذا كان رهن مقابل المسلم فيه وفسخ عقد السلم يكون هذا الرهن استحساناً رهناً مقابل رأس المال ويجوز حبس الرهن المذكور من أجل رأس المال (الزيلعي).

وبعد أن يوفى الدين كاملاً أو يوهب أو يبرأ الراهن منه إذا طلب الراهن الرهن من المرتهن ولم يعطه حال كون تسليمه ممكناً يكون إذ ذاك بحكم الغاصب وإذا هلك بعد ذلك يضمن المرتهن كل قيمته. (أنظر المادة ٧٩٤). (نقول البهجة).

مسألة ٥ - الأجل في الرهن يفسد الرهن لأن حكم الرهن عبارة عن الحبس الدائم فعندما يشترط الأجل لا يحبس لحين حلول الأجل (الأنقروي).

فكاك الرهن يكون بخمسة أمور.

الأول- يكون بعدم رد الراهن الإبراء متى أبرأه المرتهن.

الثاني- يكون بعدم رد الراهن الهبة متى وهبه المرتهن الدين. (أنظر المادة ٨٤٧).

الثالث- يكون بإيفاء الراهن الدين للمرتهن أو لنائبه. حتى أنه إذا باع الراهن المرهون وهو

في يد المرتهن إلى شخص آخر وقبض ثمنه من المشتري وأوفى مطلوب المرتهن يؤخذ حينئذ الرهن من المرتهن ويسلم إلى المشتري. لأنه يكون قد زال مانع التسليم بوصول الحق إلى المرتهن (شرنبلالي) (أنظر المادة ٢٤).

يوفى الدين أيضاً إلى النائب. فلو جن المرتهن وعين له وصي من قبل الحاكم يوفي الدين إلى الوصي المرقوم ويرد الرهن الى الراهن (فتاوي أبو السعود).

رابعاً: يكون بإيفاء شخص آخر الدين تبرعاً. كما لو رهن شخص عند آخر ساعة قيمتها عشر ذهبات مقابل عشر ذهبات دينه وأدى شخص أجنبي ذلك الدين تبرعاً فيجب حينئذ أن تعاد الساعة إلى الرهن لكن بعد أن يكون ذلك الشخص أوفى الدين تبرعاً إذا هلكت الساعة في يد المرتهن قبل أن تعاد إلى الراهن وسقط الدين وجب على المرتهن أن يعيد إلى الشخص المتبرع العشر ذهبات التي أخذها وليس إلى الراهن (الهندية في الباب الثالث من الرهن).

خامساً: يكون بحوالة المرتهن أحد دائنيه على الراهن بالحوالة المقيدة أنظر المادة (٦٩٠).

وأما إذا أحال الراهن المرتهن على شخص فلا يفك الرهن وليس من المناسب أن يعتبر كأنه قد فك كما ذكر في شرح المادة (٦٩٠).

وقوله (أحق من سائر الغرماء) يعني أن سائر غرماء الراهن ليس لهم أن يتداخلوا في الرهن المذكور أو أن يدخل في قسمة الغرماء. سواء أكان الراهن توفي أم حياً أم مفلساً فوالحالة هذه تعبير (وفاة) الوارد في المجلة ليس احترازياً.

المسألة المتفرعة على الحكم الثاني:

وفي هذا التقدير يباع الرهن ويوفي الدين كاملاً من ثمنه. فإذا بقي منه شيء يقسم غرامة بين سائر الغرماء وإذا لم يوف ثمنه دين المرتهن يستوفي المرتهن باقي الدين غرامة من سائر أموال الراهن (فتاوي ابن نجيم والبزازية).

إيضاح الحكم الثالث:

ستذكر التفصيلات العائدة له في شرح المادة (٧٤١).

﴿المادة ٧٣٠﴾ لا يكون الراهن مانعاً للمطالبة بالدين حتى أنه بعد قبض الرهن أيضاً فصلاحية المرتهن في مطالبة الراهن باقية.

الرهن لا يمنع المطالبة بالدين الذي هو مقابله وبعد قبض الرهن وحبسه أيضاً فصلاحية المرتهن في مطالبة الراهن بمطلوبه المعجل الذي حل أجله وحتى في حبس المدين الراهن باقية لأجل أخذ الدين. لأن المطلوب عند المرتهن باق أيضاً بعد الرهن وحيث أن الرهن لزيادة الصيانة فلا

يسقط حق طلب الداين (الكفاية) غير أنه في زماننا نظراً للأصول المرعية إذا كان للراهن مال مرهون أو مال آخر كاف لإيفاء الدين فلا يحبس بل أن ماله يباع بمعرفة المحكمة ويسدد مطلوب المرتهن والداين ولو لم يرض المدين ببيع ماله.

وفي هذه الحالة متى طلب المرتهن كامل دينه المعجل أو المؤجل الذي حل أجله أو التقسيط الذي حل منه فعندما يعترف الراهن بوجود الرهن سالماً في يد المرتهن يؤمر الراهن بأداء الدين ولا يكلف المرتهن في ذلك التقدير باحضار الرهن إلى مجلس المرافعة. لأنه لا فائدة من احضار الرهن بعد الاعتراف ببقائه (الزيلعي والكفاية). وفي هذه الصورة بعد أن يؤدي الدين كاملاً فأولاً يسلم المرتهن الرهن إلى الراهن وثانياً. يلزم تقديم أداء الدين على رد وتسليم الرهن. لأن الرهن وثيقة فتسليم المرهون أولاً يبطل الوثيقة فلو وجب تسليم المرهون أولاً فنظراً لاحتمال وفاة الراهن يلزم في تلك الحالة أن يشارك المرتهن الغرماء مع أن بطلان حق المرتهن في هذا ثابت كما في البيع ويؤمر المشتري بتسليم الثمن أولاً (الخانية). ثم حيث أن المرتهن عين حق الراهن في الرهن يعني لأن حق الراهن في المرهون متعين ومتقرر يقتضي أن يعين الراهن أيضاً حق المرتهن في الدين وأن تحصل المساواة على هذا الوجه. وأما الدراهم والدنانير حيث أنها لا تتعين بالتعيين فلا يحصل التعيين المذكور إلا بقبض الدين (المختار والدر والزيلعي).

وأما إذا ادعى الراهن هلاك الرهن في يد المرتهن وسقوط الدين على ما سيجيء في لاحقة شرح المادة (٧٤١) وطلب لتظاهر الحقيقة إحضار الرهن إن كان موجوداً إلى مجلس المحاكمة فإذا كان إحضار الرهن غير محتاج إلى مصاريف نقلية كما لو كان الرهن ساعة أو خاتماً يأمر الحاكم المرتهن باحضار الرهن إلى المجلس (الزيلعي) سواء أكانت المطالبة في بلدة الرهن أو في غيرها (الأنقروي). لأنه يحتمل أن يهلك المرهون في يد المرتهن ويسقط الدين كما سيذكر في لاحقة شرح المادة(٧٤١) ويحصل بذلك الإستيفاء الحكمي فإذا أوفى الراهن الدين هذه المرة يكون قد أعطاه مرتين (مرة بالإيفاء الحكمي ومرة بالإيفاء الحقيقي).(البزازية في الثالث من الرهن وفتح القدير)

وإذا أحضر المرتهن الرهن بناء على أمر الحاكم يوفي الراهن دينه أولاً ثم يرد المرتهن الرهن إلى الراهن (رد المحتار والزيلعي).

غير أنه في ست مسائل ليس المرتهن مكلفاً باحضار الرهن إلى مجلس الحاكم:

مسألة (١) إن كان للرهن حمل ومؤونة فلا يجبر المرتهن على احضاره أي على نقله بدراهم من مكان إلى آخر كما سيوضح شرحاً في المادة (٧٣٢) (رد المحتار). لأن الواجب على المرتهن التخلية والتسليم وليس النقل من مكان إلى آخر. لأن بذلك يلزم على المرتهن ضرر لم يلتزمه بعقد الرهن (تكملة البحر). ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الإستيفاء على اعتبار الهلاك لأنه موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متعين وهو تأخير حق المرتهن بخلاف الفصل الأول.

ولكن في هذه الحال إذا ادعى الراهن هلاك الرهن وأفاد المرتهن بقاءه فيحلف المرتهن على

عدم هلاكه بتاتاً لطلب الراهن. لأنه بالنظر لعدم وجود الرهن في مجلس المحاكمة يحتمل هلاكه وبطلان الدين (شبلي). وجرى هذا لتحليفه على الثبات بناء على احتمال وقوع هلاك الرهن وهو في يد المرتهن (رد المحتار).

وإذا حلف المرتهن يؤمر الراهن بإيفاء الدين فيقبض الرهن بعد الايفاء. وإذا لم يحلف المرتهن لا يؤمر الراهن بأداء الدين.

ولو أن رجلاً اشترى شيئاً وقبضه ولم ينقد الثمن فلقيه البايع في غير مصرهما وطالبه بالثمن فأبى المشتري أن يدفع إليه الثمن قبل أن يحضر المبيع فإن المشتري لا يجبر على دفع الثمن قبل إحضار المبيع سواء أكان لحمله مؤونة أم لم يكن ثمة فرق بين هذا وبين الرهن والفرق أن المبيع مع الثمن عوضان من كل وجه فإذا تأخر قبض أحدهما لا بفعل أحدهما يتأخر الآخر وأما الرهن فليس بعوض من كل وجه فتأخر أحدهما لا يوجب تأخر الآخر إلا أن في البيع يؤخذ من المشتري كفيل حتى يحضر ذلك المصر أو يبعث وكيلاً ليدفع الثمن ويأخذ المبيع نظراً لهما (الخانية).

وها ان مسألة إحضار الرهن قد اختيرت ووضحت على الوجه السابق في تنوير الأبصار والدر المختار والباب السابع من الهندية وإنما إذا طلب المرتهن دينه من الراهن في غير البلدة التي عقد فيها الرهن واستدعي الراهن إحضار الرهن ففي الكتب الفقهية بعض روايات على أن المرتهن يجبر على احضار الرهن سواء أكان لحمله مؤونة أم لم يكن. لأن جميع المصر كمكان واحد (شبلي والخانية).

مسألة ٢ : ومتى طلب المرتهن دينه من الراهن لا يكلف المرتهن باحضار الرهن الذي في يد العدل. لأن الراهن بوضعه الرهن في يد العدل يكون أظهر عدم تأمين المرتهن وعليه فلا يكون المرتهن مقتدراً على أخذ الرهن من يد العدل واحضاره. أنظر المادة (٧٥٤) (تكملة البحر). ولكن متى ادعى الراهن هلاك الرهن في يد العدل يحلف المرتهن على عدم علمه بهلاكه فإذا حلف يؤمر الراهن بأداء الدين وإذا نكل لا يجبر الداين على إيفاء الدين.

إنكار العدل الرهن بحكم هلاكه. بناءً عليه إذا أنكر العدل الرهن وأفاد أن المال المدعى رهينة هو ماله فليس للمرتهن أن يطلب دينه من الراهن (الزيلعي). وفي هذا التقدير إذا أثبت المرتهن ان المال المذكور رهن مودوع في يد العدل له أن يطلب دينه من الراهن (الخانية وعبد الحليم).

مسألة ٣ : إذا أودع العدل الرهن الذي وضع في يد الأمين من عياله ففقد وقال الأمين المذكور إنه أخذ الوديعة من العدل ولكن لا يعلم مال من هي فيجبر الراهن على أداء الدين وليس المرتهن مكلفاً بإحضارها ولا يجبر عليه لأن المرتهن لم يقبض الرهن من الراهن. فإن أدعى الراهن أن الرهن قد تملك حلف المرتهن على علمه فإن حلف يجبر الراهن على قضاء الدين وإن نكل لم يجبر (الخانية).

مسألة ٤ : إذا أودع الرهن في يد العدل وغاب العدل ولم يعلم محل إقامته فيجبر الراهن على قضاء الدين والمرتهن غير مجبور على إحضار الرهن (الزيلعي).

مسألة ٥ : إذا وكل الراهن المرتهن في بيع الرهن فباعه بموجب الوكالة لا يكلف المرتهن بإحضار الثمن قبل قبضه. لأنه لما باع المرتهن الرهن بأمر الراهن كان البيع صحيحاً وأصبح الرهن ديناً ويكون كأن الراهن رهنه وهو دين عليه فليس للمرتهن اقتدار على إحضاره (تكملة البحر). ولكن عندما يقبضه يكلف بإحضاره لأن البدل قائم مقام المبدل. والذي يقبض الثمن هو البائع مرتهناً كان أو عدلاً لأنه هو العاقد وحقوق العقد ترجع إليه (تكملة البحر ومجمع الأنهر).

مسألة ٦ : إذا وكل الراهن العدل الأجنبي في بيع الرهن مطلقاً وباعه العدل المذكور حالاً أو نسيئة ولم يقبض الثمن فيما لو باعه نسيئة فليس للراهن أن يمتنع عن قضاء الدين قبل إحضار الثمن (الخاني).

﴿المادة ٧٣١﴾ إذا قضي مقدار من الدين لا يلزم رد مقدار من الرهن مقابل ذلك وللمرتهن الحق بحبس الرهن وإمساكه إلى أن يستوفي بقية الدين تماماً لكن إذا رهن شيئين وتعين لكل واحد منهما مقدار من الدين فعند اداء المقدار المعين لأحدهما فللراهن أن يستخلصه وحده.

إذا تخلصت ذمة المدين من مقدار من الدين يبقى المرهون محبوساً ومرهوناً كما كان مقابل الدين الساقط ومقابل الدين الباقي.

وعليه إذا أوفى مقدار من الدين من قبل المدين أو من قبل رجل أجنبي أو أبرئ وأسقط من طرف الداين أو وهب للراهن وبتعبير آخر إذا صار المدين بريئاً من بعض الدين بسبب إحدى هذه الوجوه المذكورة فلا يجب على المرتهن رد مقدار من الرهن إلى الراهن مقابل المقدار الذي قضى وإن كان المرهون متعدداً بل يبقى كل الرهن محبوساً كما كان مقابل كل الدين وتبقى للمرتهن صلاحية بحبس مجموع الرهن وإمساكه لبينما يستوفي بقية الدين تماماً. لأنه حيث ان كل الرهن محبوس في مقابلة كل الدين فلأجل المبالغة في حمل الداين وإجباره على قضاء الدين يعتبر كل المرهون محبوساً مقابل كل جزء من الدين ونظير هذا المبيع الذي في يد البايع. لأنه على ما ذكر في المادتين ٢٧٨ و٢٧٩ إذا أوفى المشتري مقداراً من الثمن إلى البايع. فليس له أن يأخذ البعض من المبيع (الهداية والعيني).

مثلاً لو رهن شخص عند آخر لأجل دينه البالغ ألف قرش خاتمين قيمة كل منهما ألف أو خمسماية قرش وسلمه اياهما ثم أدى خمسماية قرش فليس له أن يسترد احد الخاتمين بلا رضا المرتهن. وإن كان الدين المذكور مختلف الجنس أي خمس ماية منه ذهباً وخمس ماية فضة «الهندية في الفصل الرابع من الباب الأول». كما إن الحكم في ثمن المبيع أيضاً كان على هذا الوجه. «أنظر المادة ٣٧٩». ولكنه ذكر في شرح المادة «٧١٦» ان للمرتهن أن يرد المرهون ويفسخ قسماً من الرهن.

ولذلك أيضاً إذا هلك الرهن في يد المرتهن وسقط الدين وكان قد أوفى مقداراً من الدين يسترد الراهن من المرتهن ما كان أعطاه وسيأتي بيان ذلك في لاحقة شرح المادة «٧٤١». (عبد الحليم)

يعني انه بقضاء مقدار من الدين لا يصبح المرهون مرهوناً مقابل المقدار الباقي وحيث انه يبقى

مرهوناً مقابل الدين كله كما كان فيجري الحكم المذكور.

مثلاً لو رهن الراهن مالاً مقابل ألف قرش وسلمه ثم أوفى للمرتهن أربعماية قرش منه وقال فليبق الرهن مقابل الستماية قرش الباقية فلا حكم لهذا الكلام ويبقى مرهوناً مقابل كل الدين (الأنقروي وشرح المجمع).

ولكن إذا رهن شيئين بعقد واحد مقابل دين واحد فإن كان عين لكل منهما مقداراً من الدين المذكور وأوفى المقدار الذي تعين لواحد منهما أو أبرأ أو وهب للراهن فللراهن حينئذ أن يستخلصه وحده فقط. (أنظر شرح المادة ٧٢٩). ويقبل قول الراهن بخصوص أي رهن أعطاه. (أنظر المادة ١٧٧٥).

سؤال وجواب:

بما ان البيع لا يتعدد بمجرد تفصيل الثمن فهل يتعدد الرهن مثل البيع أم لا؟

الرواية مختلفة بخصوص تعدد عقد الرهن بمجرد تفصيل الثمن: فعلى رواية يتعدد عقد الرهن بمجرد تفصيل الثمن ولا يشترط تكرير العقد. والحال إنه كما تبين من المادة (١٧٩) وشرحها لا يتعدد البيع بمجرد تفصيل الثمن والفرق هو إنه في قبول بعض المبيع بحصة من الثمن أضرار للبايع. لأن العادة هي أن يضم الرديء إلى الجيد ويباع الرديء والجيد معاً. وحيث أن ملك الراهن لا يزول في الرهن فليس من ضرر للمرتهن في قبول الرهن وفي أحد من المرهون المتعدد. فها إنه بناء على هذا السبب وهذه الحكمة حينما يقول البايع بعت حصاني هذا بعشر ذهبات وفرسي هذه بخمس عشرة ذهباً فللمشتري أن يقبل الإثنين بهذا الوجه وأما إذا قال الراهن رهنتك حصاني هذا مقابل عشر ذهبات من الخمس والعشرين ذهباً من التي لك علي ورهنتك فرسي هذه مقابل الخمس عشرة ذهباً الباقية فلا يجبر المرتهن على قبول الإثنين وأما إن قال ارتهنت هذا الحصان مقابل عشر ذهبات. صح ذلك (الهدايه وعيني).

وأما في رواية أخرى وحكم هذه الفقرة أيضاً نظير حكم الفقرة السالفة. وبتعبير آخر لا يتعدد عقد الرهن في الرهن أيضاً بمجرد تفصيل الثمن. ويفهم من هذه التفصيلات إن المجلة قبلت الرواية الأولى (أبو السعود وشرح المجمع).

ولنوضح بمثال فقرة المجلة الثانية هذه:

مثلاً إذا قال الراهن رهنت هذه الساعة مقابل عشر ذهبات من الدين البالغ خمس عشرة ذهباً أو رهنت هذا السيف في مقابلة خمس ذهبات منه وقبل المرتهن على هذا الوجه وبعد أن قبض الإثنين إذا أعطى خمس ذهبات للراهن له أن يسترد السيف وليس للمرتهن أن يقول لا اعطني السيف ما لم يوف كل الدين. وإذا امتنع عن إعطائه يكون غاضباً.

والإتيان شرحاً بقوله بعقد واحد مبني على كون إن هذا هو المقصود في المجلة. وإلا فإن حكم هذه الفقرة جار بطريق الأولى إذا كان العقد متعدداً. كما لو رهن مال وسلم بعقد مقابل دين ثم رهن مال آخر

وسلم بعقد آخر مقابل دين آخر فالحكم على هذا المنوال. يعني انه متى أوفى دين يستخلص المال الذي في مقابلته (البزازية).

يشار إلى مسألتين في هذه الفقرة:

أولاً: ذكر في المجلة (شيئان) لأنه لا يجوز أن يرهن نصف شيء مقابل مقدار من الدين ويرهن النصف الثاني مقابل المقدار الباقي. وقد مر الكلام على هذا في شرح المادة (٧٢٠).

ثانياً: قيل أيضاً لكل واحد منهما لأن الرهن دون أن يتعين مقدار من الدين لكل واحد منهما لا يجوز. مثلاً إذا قصد رجل أن يرهن عند الآخر خاتمين مقابل ثلاثمائة قرش له دين عليه وقال رهنت أحد الخاتمين لمائة والآخر لمائتين ولم يبين أي الخاتمين لماية وأيهما لمايتين لم يجز له ذلك (الهندية في الفصل الرابع من الباب الأول). لأنه عند هلاك أحد الخاتمين فما يصيبه من الدين يسقط كما سيذكر في لاحقة شرح المادة (٧٤١) وبناء على انه لا يعلم إذ ذاك أي الدين يسقط مقابل الخاتم الهالك فيؤدي ذلك إلى النزاع بينهما. أنظر شرح المادة (٧٠٩).

﴿المادة ٧٣٢﴾ ـ لصاحب الرهن المستعار أن يؤاخذ الراهن المستعير لتخليص الرهن وتسليمه اياه وإذا كان المستعير عاجزاً عن اداء الدين بسبب فقره للمعير ان يفيه ويخلص ماله.

للمعير متى شاء ان يؤاخذ المستعير الحاضر كي يؤدي الدين ويخلص الرهن المستعار من المرتهن يعني ان يطلب العارية. أنظر المادة (٨٢٥). وإلا فليس للمعير أن يسترد الرهن من المرتهن. أنظر المادة (٧٣٥). وإنما متى كانت الإعارة التي يقصد الرهن موقتة بمدة معلومة فليس للمعير أن يطلب الرهن المستعار من المستعير ولا أن يؤاخذه كما ذكر في شرح المادة (٧٢٨).

يجوز للمستعير توكيل شخص آخر أميناً له لقبض المرهون من المرتهن. وفي هذه الحال إذا هلك الرهن المستعار في يد هذا الوكيل لا يكون المستعير ضامناً. أنظر المادة (٩١).

وأما إذا لم يكن ذلك الشخص أمين المستعير وتلف المستعار في يده لزم الضمان. (الخانية). الحمل والمؤونة يعني المصاريف النقلية لإعادة الرهن المستعار على المعير وليست على المستعير قياساً للمادة (٨٣٠) (البزازية). وأما إذا كان الراهن المستعير غائباً ولم يكن من الممكن للمعير مؤاخذته يؤدي المعير الدين للمرتهن ويسترد الرهن. مثلاً لو كان الراهن المستعير غائباً وادعى شخص بأن المال المرهون الذي في يد المرتهن ملكه واستعير من قبل الغائب المرقوم ورهن عند المرتهن وأقر المرتهن بذلك فيأخذ المرتهن كامل مطلوبه من ذلك الشخص ويرد المرهون إليه. ولكن إذا أفاد المرتهن بأنه لا يعلم ان ذلك المال ملك المدعي فليس للشخص المذكور أن يتداخل في ذلك المال (الهندية) راجع المادة (١٦٣٧).

وإذا كان المستعير لسبب فقره عاجزاً عن أداء الدين وتخليص الرهن يجوز للمعير في هذه الصورة أن يؤدي الدين تماماً للمرتهن ويستخلص ماله من الرهن ويأخذه وإن يرجع بعده على المستعير بالدين

الذي أداه. وبعد أن يكون المرتهن قبض تمام مطلوبه ليس له أن يمتنع عن رد المرهون إلى المعير بتقدير إثباته انه ماله كما انه ليس للمستعير ذلك أيضاً (الأنقروي، الهندية ومجمع الأنهر).

يعني متى نقد المعير المرتهن دينه وأراد أن يأخذ الرهن فليس للمرتهن أن يقول مطلوبي ليس عندك أنت لست خصماً لي لا آخذ الدراهم التي أعطيتني اياها وفي الواقع متى أقدم شخص ثالث على إعطاء ما لشخص من الدين في ذمة الآخر تبرعاً وإن كان لذلك الشخص حق في عدم أخذها فالمرتهن مجبور على قبول تأدية المعير. والفرق في ذلك هو ان الأجنبي في هذه التأدية متبرع وليس ساعياً لتفريغ ذمته كما انه ليس ساعياً أيضاً لتخليص الملك وأما المعير فهو ساع لتخليص ملكه (الهداية).

وعليه فمتى أراد المعير تخليص المرهون على هذا الوجه وكان المستعير حاضراً فإما أن يقر ان المرهون ملك المعير أو ينكر وعندما يثبت بالبينة انه ملك المعير فكما ان للمعير أن يؤدي الدين ويأخذ الرهن وبتقدير غياب المستعير إن كان المرتهن مقراً بملكية المعير للمرهون فله أيضاً أن يؤدي الدين ويستخلص الرهن. وإذا كان المستعير حاضراً لا يؤثر عليه هذا الإقرار. وأما إن لم يكن المرتهن مقراً بملكية المعير للمرهون فليس للمعير أن يتداخل في المرهون في حال عدم حضور المستعير كما ذكر في شرح الفقرة السابقة.

الفقرة (لسبب فقره) الواردة في المجلة ليست قيداً احترازياً ولو كان المستعير غنياً إذا أراد المعير أن يستخلص ماله من المرتهن بمراجعته رأساً دون أن يراجع المستعير متى كان المرتهن مقراً بأن ذلك المال ملك المعير فهو مجبور على أخذ كامل مطلوبه ورد المرهون إلى المعير (الهندية والخانية). تعبير (معير) في المجلة احتراز من الأجنبي.

متى أدى اجنبي مطلوب المرتهن تماماً وطلب إعادة المرهون إلى المعير فللمرتهن حق الامتناع أي له حق أن لا يقبل الدراهم التي أعطاها ذلك الأجنبي. والفرق بين المعير والأجنبي هو انه كما ذكر آنفاً والمعير في هذه التأدية ساع لتخليص ملكه وأما هذا الأجنبي فليس بساع لتخليص ملكه ولا لتفريغ ذمته ولذلك لا توجد خصومة بين المرتهن والأجنبي (تكملة البحر).

أشير بعبارة (ذلك الدين) في المجلة إلى وجوب اداء الدين كاملاً يعني ان المعير يمكنه تخليص ماله باداء كل الدين. وإلا إذا كانت قيمة المستعار أقل من مقدار الدين فليس له حق أن يستخلص الرهن باداء مقدار القيمة فقط. مثلاً لو كانت قيمة الرهن المستعار ألف قرش ورهنها الراهن بإذن المعير مقابل دين ألفي قرش وأراد أن يستخلص الرهن فله أن يستخلص الرهن بتأدية الفي قرش. وليس له استخلاصه بتأدية قيمة المرهون التي هي ألف قرش فقط (رد المحتار).

وكذلك إذا رهن المستعير مع الرهن المستعار مالاً آخر له مقابل دين بصورة موافقة لقيد وشرط المعير وأراد المعير أن يستخلص ماله لزمه أن يؤدي كل الدين. وليس له أن يستخلص الرهن المستعار بإعطاء ما يصيب المستعار من الدين فقط (أبو السعود).

كما انه لو استعار شخص مالاً من إثنين ورهنه وأدى نصف الدين الذي يقابله معيناً ان حصة الدين

التي أعطاها هي الدين الذي يصيب حصة المال العائد إلى فلان من ذينك الشخصين فلا يعتبر ذلك بل يعد المبلغ المعطى كأنه أدى لأجل الإثنين وبعد أن يقضي باقي الدين بالاشتراك يستخلصان مالهما (الهندية).

رجوع المعير على المستعير بعد **الأداء** أو بعد هلاك الرهن. للمعير حق الرجوع على الراهن المستعير بعد أن يؤدي الدين الزائد على قيمة المستعار ويستخلصه. وإن لم يأمر المستعير صراحة بقوله (اقض ديني) يعني إن هذه المسألة لا تقاس على المادة (١٥٠٦) لأن المعير مجبور على أداء دين المستعير لأجل استخلاص المستعار فلا يعد متبرعاً في هذا الأداء (الزيعلي).

ولكنه اختلف في الكمية التي يراجع فيها المعير المستعير: فنظراً لما ذكر في الخانية وجزم في الدرر وكما سيبين في لاحقة شرح المادة «٧٤١» عن مقدار ما يسقط من الدين عند هلاك الرهن يحق للمعير أن يرجع بهذا المقدار فقط على المستعير. وفي ما زاد عنه يكون المعير متبرعاً. يعني له أن يرجع بألف قرش في المثال المبسوط في المسألة التي ذكرت شرحاً تحت عنوان «ذلك الدين». ولا يحق له الرجوع بألفي قرش ويكون المعير متبرعاً في تأدية الدين الذي يزيد على قيمة المستعار. لأنه لو هلك الرهن لكان المستعير ضامناً قيمته فقط أي لوجب عليه إعطاء قيمته إلى المعير.

ولما كان ضامناً الزيادة عن قيمته. فكما ان الحكم في الهلاك هو على هذا الوجه فالحكم في الفك أيضاً على الوجه المشروح والمعير يكون متبرعاً في ما زاد عن قيمة الرهن. (الكفاية والخانية).

سؤال: ما دام ان المعير لا يقتدر على استخلاص ملكه مالم يؤد الدين كله وهو مضطر ومجبور على إيفاء جميع الدين فما كان من الواجب أن يكون متبرعاً في ما زاد عن قيمة الرهن المستعار.

الجواب: إن وجوب الضمان على المستعير نشأ عن تأدية دينه بملك المستعير فبناء عليه رجوع المعير على المستعير لا يكون إلا بالرهن المستعار أي بالمقدار الذي يمكن اداء الدين به وبتعبير آخر بالمقدار الذي يمكن سقوطه من الدين في حال هلاك الرهن وليس بالزيادة (أبو السعود). والواقع وإن تضرر المعين بسبب ادائه مبلغاً زائداً ولكن لكونه لم يقيد في ابتداء الأمر الرهن بقيمة المستعار فالتقصير حصل منه وبهذا الإعتبار لم يكن مجبوراً على إعطاء زيادة القيمة بل مختاراً (رد المحتار). والحكم في سقوط الدين بسبب هلاك الرهن المستعار في يد المرتهن كما سيذكر في لاحقة شرح المادة(٧٤١)وفي سقوط الدين بنسبة العيب الطارئ على الرهن المستعار في يد المرتهن أيضاً هما على هذا المنوال (البزازية في الباب الثالث في الضمان والخانية).

ولو لم يهلك ولكنه تعيب سقط من الدين بقدره وعليه للمعير ذلك القدر (الأنقروي).

ولكنه نظراً لبيان صاحب الملتقى يرجع المعير على الراهن بالشيء الذي أداه للمرتهن. يعني يرجع بألفي قرش في المثال المذكور والزيلعي أيضاً رجح هذا القول معللاً بأنه «لما كان المعير مجبوراً أو مضطراً على تأدية جميع الدين ليسترجع ماله فلا يعد متبرعاً في التأدية المذكورة يعني في اداء الدين الزائد عن قيمة

المستعار والموافق للعدالة هو هذا القول وليس من قيد ولا إشارة في المجلة على ترجيح القول الأول.

المسألة التي ليس للمعير حق المراجعة في حال هلاك رهن المستعار فهم من التفصيلات السابقة ان حق رجوع المعير على المستعير ينتج عن تأدية المستعير دينه من مال المعير. بناء عليه إذا هلك المستعار في يد المستعير قبل أن يرهن إلى الداين فكما انه لا يلزم الضمان على المستعير أي-كما انه لا يحق للمعير أن يرجع على المستعير ببدل الرهن أو بالدين إذا هلك الرهن المستعار في يد الراهن فلا يلزم الضمان أيضاً بعد أن يفك هذا الأخير الرهن ويقبضه من المرتهن أنظر المادة (٨١٣). لأنه حيث أن المرهون لم يهلك في يد المرتهن فلا يكون المستعير قضى دينه بهذا الرهن ولكونه عارية محضة بهلاكه في يده لا يلزم الضمان على المستعير (الهداية عيني والخانية).

حتى انه لو استعمل المستعير الرهن المستعار قبل الرهن يعني لو كان الرهن المستعار حيواناً مثلاً فركبه أو كان ثوباً فلبسه ثم بعد أن ترك الاستعمال وعاد إلى الوفاق فهلك في يد المستعير قبل الرهن لا يلزم الضمان (الملتقى). الاستعارة في هذا لا تقاس على الاستعارة بقصد الاستعمال. المستعير في الاستعارة بقصد الاستعمال لا يبرأ بعودته إلى الوفاق بعد المخالفة بل يبقى المال في ضمانة إلى أن يعيده إلى صاحبه سالماً. والفرق هو أن المستعير في الاستعارة بقصد الرهن بعودته إلى الوفاق بعد المخالفة يكون في مقام مستودع وليس في مقام مستعير. وأما المستعير في الاستعارة بقصد الاستعمال وإن عاد إلى الوفاق بعد المخالفة حيث ان يده لم تزل باقية على المستعار فيضل المستعار في ضمانه إلى حين إعادته إلى مالكه. (الهداية وعيني) تفصل هذه المسألة في شرح المادة «٧٨٧».

إنما يتبادر هنا إلى الذهن مسألة يحتاج إلى حلها وهي من المسلم إنه إذا هلك الرهن المستعار في يد المستعير بعد أن يكون رهنه وسلمه ثم استرجعه بإذن المرتهن فلا يسقط الدين. ولكن هل يجب الضمان على المستعير في هذه الحالة؟ من المحقق إنه هلك الرهن والمستعير يستعمله يلزم المستعير الضمان والظاهر وجوب عليه أيضاً إذا لم يستعمله أو استعمله ثم ترك الاستعمال وهلك المرهون حينئذ لأن المستعير غير مأذون بذلك العمل «الشارح».

إختلاف المعير والمستعير في زمان الهلاك: في هذه الحالة إذا حصل اختلاف بين المعير والمستعير كما لو ادعى المعير ان المستعار هلك في يد المرتهن بعد الرهن والتسليم وان الضمان لازم وقال المستعير إنه هلك قبل الرهن أو بعد الرهن وبعد الفك والاسترداد فالقول مع اليمين قول المستعير. لأن الراهن المستعير ينكر الضمان. وأما البينة فللمعير. «أنظر المادة ٧٦». وإذا اختلف الراهن والمرتهن والمعير في قيمة الرهن بعد هلاكه في يد المرتهن فالقول قول المرتهن «الهندية في الباب الثاني عشر من الرهن والخانية».

﴿المادة ٧٣٣﴾ ـ لا يبطل الرهن بوفاة الراهن والمرتهن

إن الرهن لا ينفسخ بوفاة الراهن أو المرتهن أو الإثنين معاً. بناء عليه إذا توفي الراهن فليس للورثة أن يستردوا الرهن ما لم يؤدوا الدين كاملاً. لأن حق المرتهن يتقدم على حق ورثة الراهن (الزيلعي).

ووفاء الديون مقدم على الإرث. وإذا توفي المرتهن يبقى الرهن في يد ورثته رهناً وتجري في هذه الأمور الأحكام المدرجة في المواد الآتية. أنظر المادتين «٧٣٤ و ٧٣٥».

وفهم من هذه الإيضاحات ان هذه المادة وردت بالإجمال وستفصل في المواد التالية. وعادة المؤلفين إجمال الشيء ثم تفصيله.

﴿المادة ٧٣٤﴾ - إذا توفي الراهن وكانت ورثته كباراً قاموا مقامه ووجب عليهم أداء الدين تماماً من التركة وتخليص الرهن وإن كانوا صغاراً أو كباراً غائبين في محل بعيد مدة السفر فيبيع وصيه الرهن بإذن المرتهن ويؤدي الدين من ثمنه.

إذا توفي الراهن لا يكون الرهن باطلاً بموجب المادة السالفة. فإن كانت ورثته كباراً ولم يكونوا غائبين أو مجانين فيقومون مقام الراهن المتوفي وكما ان للراهن في حياته اداء الدين واستخلاص الرهن يلزم على الورثة أيضاً أن يوفوا كامل الدين من التركة إن كان له تركة ويخلصوا الرهن. يعني إنهم يجبرون على إيفاء الدين من التركة وعند امتناعهم يجبرون من قبل الحاكم عليه كما ذكر في المادة «٧٥٧». وإذا أبوا وأصروا على العناد يبيع الحاكم الرهن ويؤدي الدين.

والأصول المرعية في هذه الأيام هي أن تباع هذه الأموال بمعرفة دائرة الإجراء ويسدد الدين. ولا يضغط على المدين بالحبس.

قيل (من التركة) لأن الورثة ليسوا مجبورين على اداء دين المتوفي من أموالهم.

وإن كان الورثة صغاراً أو كانوا كباراً غائبين في محل بعيد مدة السفر أي ثماني عشرة ساعة فالوصي الذي نصبه المتوفي حال حياته (ويقال له الوصي المختار) أو الوصي الذي نصبه الحاكم للصغار أو الكبار الغائبين - عند عدم نصب المتوفي وصياً حال حياته - (ويقال له الوصي المنصوب) بيع الرهن بإذن المرتهن ويؤدي الدين من ثمنه. لأن الوصي يقوم مقام الراهن المتوفي.

وإذا لم يكن للمتوفي وصي كما وضح آنفاً فينصب الحاكم له وصياً. لأن الحاكم نصب ناظراً ومحافظاً على حقوق العباد العاجزين عن محافظة حقوقهم والنظر في شؤونهم (أبو السعود).

ولذلك إذا لم يكن للمتوفي ورثة يراجع المرتهن الحاكم والحاكم أيضاً يبيع الرهن ويؤدي الدين (التنقيح والهندية والفيضية).

قيد (بإذن المرتهن) الوارد في هذه الفقرة مبني على الحكم الأول الذي أوضح في شرح المادة (٧٢٩).

﴿المادة ٧٣٥﴾ ليس للمعير أن يأخذ ماله من المرتهن ما لم يؤد الدين الذي في مقابلة الرهن المستعار سواء كان الراهن المستعير حياً أم توفي قبل فك الرهن.

أي إنه إذا لم يؤدى الدين الذي في مقابلة الرهن من قبل الراهن المستعير أو المعير أو من قبل ورثتهما أو من طرف رجل أجنبي أو لم يبرأ من طرف الدائن أو يوهب إلى المدين ـ فليس للمعير أن يأخذ ماله من المرتهن. لأن المعير قد رضي بتعلق دين المستعير في ماله وحكم الرهن أن يكون للمرتهن كما ذكر في المادة(٧٢٩) حق الحبس فيه.

والحكم في حال وفاة الراهن المستعير توضح في المادة الآتية.

فقط للمعير حق في مؤاخذة الراهن المستعير كي يستخلص الرهن المستعار ويسلمه اياه. أنظر المادة(٧٣٢)يعني للمعير أن يراجع الحاكم ويجبر الراهن المستعير على تخليص الرهن وأن يطلب حبسه إلى أن يستخلص الرهن (فتاوى ابن نجيم)

للمعير حق كما أشير إليه شرحاً أن يؤدي الدين للمرتهن ويخلص ماله غير انه يجب أن يؤديه تماماً. حتى إنه إذا رهن المستعير المستعار مع ماله سوية لا يقتدر المعير على استخلاصه بأدائه الحصة التي تصيب المستعار من الدين. بل إنه مجبور على ادائه كاملاً. أنظر المادة ٧٣٢ وشرحها.

إذا توفي المعير يبقى الرهن المستعار على حاله رهناً. وليس لوارثه أن يسترد المستعار قبل اداء الدين. لأن في هذا الاسترداد إزالة يد المرتهن وإبطال حقه (تكملة البحر).

كما انه لدى وفاة المرتهن أيضاً يبقى الرهن المستعار مرهوناً عند الورثة. أنظر المادة (٧٣٣).
الخلاصة ان رهينة الرهن المستعار لا تبطل بوفاة المعير والمستعير والمرتهن يعني بوفاة البعض منهم أو بوفاة كافتهم.

﴿المادة ٧٣٦﴾ إذا توفي الراهن المستعير وهو مدين مفلس يبقى الرهن المستعار على حاله مرهوناً إلا انه لا يباع بدون رضى المعير ومتى أراد المعير بيع الرهن فإن كان ثمنه يكفي لاداء الدين يباع بدون أن يلتفت إلى رضى المرتهن وإن كان لا يكفي لقضاء الدين لا يباع ما لم يرض المرتهن.

وإذا توفي وهو غائب ولم يمكن للمعير أن يؤاخذه يبقى الرهن المستعار مرهوناً كما هي الحال وهو حي وبناء على ذلك فحق حبس المرتهن في الرهن يدوم إلى أن يستوفي المرتهن كامل مطلوبه، أنظر المادة (٧٢٩) ولا فرق في هذا الحكم بين الرهن المستعار وغير المستعار.

إلا انه إذا أراد المرتهن بيع الرهن واستيفاء الحق من ثمنه لا يباع الرهن المستعار إلى آخر على أن يوفي ذلك الدين من ثمنه. يعني إذا راجع المرتهن الحاكم فليس للحاكم أن يأمر ببيع الرهن المستعار. لأن المرهون ملك المعير وقد رضي بحبسه فقط بإعارته اياه لأجل الرهن. وليس ببيع الرهن. أنظر المواد ٩٦، ٣٦٥، ٣٥٨. الحال ان جواز بيع الرهن غير المستعار مذكور في المادة(٧٥٧). كما انه لا صلاحية للمرتهن بمؤاخذة المعير لأداءِ الدين وأخذ ماله ولا للتشبث ببيع الرهن. لأنه يترتب على أحد أن يؤدي

دين غيره دون أن يوجد سبب شرعي لذلك كالكفالة والحوالة. ولو كان الغير أباً أو ابناً (البهجة والتنقيح). وعدم تحميل الضمان على ولي الصغير في المادة (٩١٦) مبني على هذا السبب.

ومتى أراد المعير أن يبيع الرهن ويؤدي الدين من ثمنه فإن كان الرهن كافياً لاداء الدين يباع دون أن ينظر إلى رضى المرتهن يعني وإن لم يكن المرتهن راضياً بذلك فيؤدي من ثمنه الدين الذي في مقابلته وإن بقي شيء يرد إلى المعير لأن حق المرتهن ليس إمساك المرهون فقط بل في استيفاء الدين. وإذا تبين بعده للمستعير مالاً غيره يرجع المعير إلى ذلك المال بالدين الذي أعطاه للمرتهن. أنظر شرح المادة (٥٣٢). ولكن لا يعاد إلى المعير لأجل بيعه بدون رضى المرتهن ويباع المرهون وهو محبوس وموقوف في يد المرتهن وبعد أن يوفي الدين بثمنه يسلم الى المشتري.

وإذا فهم ان ثمن الرهن لا يكفي لوفاء الدين فلا يباع ما لم يكن للمرتهن رضى بذلك (الهندية في الباب الحادي عشر من الرهن). لأنه بهذا التقدير يوجد منفعة للمرتهن في حبس المرهون. وعليه يكون المعير مجبوراً على إيفاء الدين لاحتياجه للمرهون أو مقتدراً على استيفاء حقه تماماً بزيادة قيمة المرهون بسبب تغير السعر (أنظر شرح المادة ٧٣٩).

الخلاصة - لا يمكن بيع الرهن المستعار ما لم يكن للمعير رضى بذلك. ولا يلتفت إلى رضى المستعار البتة وأما رضى المرتهن فإن كانت قيمة الرهن كافية لوفاء الدين فلا حاجة لرضاه وأما إن كانت تلك القيمة غير كافية ففي تلك الصورة رضاه لازم.

﴿المادة ٧٣٧﴾ - إذا توفي المعير ودينه أكثر من تركته يؤمر الراهن باداء دينه بالنفس وتخليص الرهن المستعار ورده وإذا كان عاجزاً عن تأدية الدين بسبب فقره يبقي ذلك الرهن المستعار على حاله مرهوناً عند المرتهن إلا انه لورثة المعير أن يؤدوا الدين ويستخلصوه وإذا طالب داينوا المعير ببيع الرهن فإن كان ثمنه يفي الدين يباع بلا رضى المرتهن وإن كان لا يفي الدين لا يباع بدون رضى المرتهن.

إذا توفي المعير ودينه يزيد على تركته. يؤمر المستعير الراهن ويجبر على تأدية الدين بالنفس أي من ماله وتخليص الرهن المستعار من يد المرتهن وإعادته إلى تركة المعير. أنظر المادة (٧٣٢) لأنه وجب إجباره ليظفر المرتهن بمطلوبه الذي عند الراهن ويستوفي داينو المعير مطلوبهم من الرهن المستعار.

غير إنه إذا كان دين الراهن مؤجلاً هل يجبر الراهن في الحال أو ينتظر لحلول الأجل عند عدم وجود أي سبب يوجب إبطال الأجل. فليحرر (شارح)

وإذا كان الراهن المستعير عاجزاً عن ادائه بسبب فقره يبقى ذلك الرهن المستعار على حاله مرهوناً عند المرتهن. ولا يسترد المرهون من المرتهن بسبب إفلاس المعير. (أنظر المادة ٧٣٥).

إنما لورثة المعير أن يؤدوا الدين كاملاً ويستخلصوا الرهن المستعار وقد ذكر في شرح المادة (٧٣٢) ان المعير أيضاً مالك لهذا الحق.

ولا يمكن بيع الرهن المستعار بدون رضى دايني المعير. كما انه لا يباع أيضاً عندما يكون المعير في قيد الحياة بدون رضاه (أنظر المادة السابقة). لأنه توجد فائدة للدائنين في عدم رضاهم إذ انه حينما لا يباع الرهن يؤديه الراهن بنفسه فيسقط الدين ويبقى المرهون سالماً للداينين. (تكملة البحر).

وإذا طلب داينو المعير بيع الرهن لتأدية دين المرتهن - وليس دينهم - من ثمنه فإن كان ثمنه يفي الدين المذكور يباع دون أن يلتفت إلى رضى المرتهن ويؤدى ذلك الدين وهذه الفقرة في مقام فقرة (إذا أراد المعير بيع الرهن وتأدية الدين) الوارد في المادة الآنفة.

وإن كان ثمن الرهن لا يفي الدين فلا يباع بدون رضى المرتهن. وقد مر بيان سببه في شرح المادة السابقة. كما ان الحكم في هذا لو كان المعير حياً هو على الوجه المشروح (تكملة البحر).

﴿المادة ٧٣٨﴾ إذا توفي المرتهن يبقى الرهن مرهوناً عند ورثته.

يعني إذا توفي المرتهن قبل أن يستوفي مطلوبه أي قبل أن يفك الرهن بوجه ما كالاستيفاء والإبراء وبتعبير آخر بوفاة المرتهن لا يطرأ خلل على الرهينة .وحصة المذكور في المادة(٧٢٩) تنتقل كاملاً إلى ورثته. (أنظر المادة ٧٣٣) وتكون الورثة مشتركين في محافظة الرهن كما أفيد في شرح المادة(٧٢٠).

وأما إذا كانت ورثة المرتهن غائبين أو إذا لم يكن له ورثة ينصب الحاكم وصياً كي يحافظ على الرهن ويرده إلى الراهن بعد استيفاء الدين وهذا الوصي يحفظ المرهون على الوجه المشروع. وبعد أن يستوفي الدين يعيد المرهون إلى الراهن.

﴿المادة ٧٣٩﴾ إذا قضى الراهن الذي أعطى رهناً واحداً لأجل دين عليه لشخصين الدين الذي عليه لواحد منهما فليس له أن يسترد نصف المرهون ولا صلاحية له أيضاً بتخليص الرهن ما لم يف دين الإثنين تماماً.

إذا أعطى شخص رهناً واحداً في مقابلة دين عليه لشخصين بناء على المادة (٧٢٠) وأوفى دين الواحد من ذينك الشخصين يبقى الرهن كله مرهوناً عند الداين الآخر كالأول. وليس له أن يسترد كل الرهن أو نصفه يعني القسم العائد إلى المرتهن الذي أدى له دينه ولا حق له باستخلاص الرهن ما لم يف دين الإثنين تماماً. ولو كان المرهون قابلاً للقسمة كساعتين مثلاً. ويبقى هذا الرهن كما كان مرهوناً في يد الإثنين وعقد الرهن أيضاً قائماً بحق الإثنين. بناء عليه إذا هلك الرهن المذكور بلا تعد ولا تقصير في يد الداين الآخر بعد أن استوفى أحد الداينين حصته فنظراً لأن الرهن المذكور يكون مضموناً بنسبة الدينين كما فصل في شرح المادة (٧٢٠) يلزم في تلك الحالة الداين الذي استوفى مطلوبه أن يعيد مقدار ما سقط من الذي أخذه إلى المدين حتى لا يتكرر الإستيفاء بحقه على ما سيذكر في لاحقة شرح المادة(٧٤١)«مجمع الأنهر وعبد الحليم».

يعني انه إذا كانت قيمة الرهن الهالك مساوية لحصة الدين أو زائدة عنه يسترد المدين كل ما أوفاه

وأما إذا كانت أقل فليس له أن يسترد قيمة الرهن فقط.

وسبب ثبوت حق استرداده هو لأن ارتهان الإثنين باق طالما لم يصل المرهون إلى يد الراهن والمرتهن الذي استوفى مطلوبه لا يخلص من الضمان بوسيلة ان الرهن هلك في يد المرتهن الآخر. لأن أحد المرتهنين عدل بالنسبة إلى الآخر (رد المحتار وعبد الحليم). وأما في الصورة التي يهلك الرهن فيها بتعديه وتقصيره فالحكم في ذلك يوضح في المادة «٧٤١» وشرحها.

﴿المادة ٧٤٠﴾ للداين الذي أخذ رهناً واحداً من مدينيه الإثنين أن يمسك الرهن إلى أن يستوفي مطلوبه من الإثنين.

على ما جاء في المادة (٧٢١). انه أوفى أحد المدينين الدين العائد له ليس له أن يسترد الرهن كله، وليس له أن يسترد أيضاً القسم الذي يخصه (البهجة ورد المحتار).

وإن كان الرهن قابل القسمة. لأنه لو كان له حق الاسترداد في ذلك الوجه لوجب تفريق الصفقة على المرتهن في الحبس والإمساك.

مثلاً، لو كان لأحد دين ألفي قرش على شخصين مناصفة وبعد أن رهنا ساعة مشتركة مناصفة بينهما أوفى أحدهما الألف قرش العائدة له فليس له أن يقول لأجل استرداد نصف الساعة فلتَبْقَ يوماً عندي ويوماً عند المرتهن بل للمرتهن أن يمسك كل المرهون إلى أن يستوفي الدين جميعه. وإذا هلك المرهون في يد المرتهن بعد إيفاء أحد الراهنين حصة الدين وجب على المرتهن رد مقدار ما سقط من الدين إلى الراهن.

ولكن إذا كان أحد الشخصين غائبا فللحاضر منهما أن يفي كل الدين ويسترد المرهون. ولا يكون متبرعاً في هذا الإيفاء. وتبقى حصة شريكه من المرهون. في حكم الرهن في يده وله إمساكها لبينما يستوفي القسم العائد للراهن من شريكه وفي هذه الحالة إذا هلكت الساعة في يده يسقط ما للراهن المؤدي عند شريكه من المطلوب. فإن قبض ولم يمنع من الشريك حصته من المال المشترك فهلك المال المذكور في يده فإنه يهلك بجميع الدين (الخانية). ما لم يكن الدين أكثر من قيمة المرهون ففي تلك الحالة يرجع على شريكه بما زاد عن قيمة المرهون (الخانية).

﴿المادة ٧٤١﴾ ـ إذا أهلك الراهن الرهن أو أحدث فيه عيباً لزمه الضمان وإذا أهلكه المرتهن أو أحدث فيه عيباً سقط من الدين بمقدار قيمته

أي إذا أهلك الراهن الرهن أو احدث فيه عيباً فكما انه يلزمه ضمان بدله كذلك إذا أعاره المرتهن إلى آخر أو أودعه أو آجره أو استعمله وهلك الرهن بسبب تعديه باحد هذه الوجوه أو احدث فيه عيباً يسقط من الدين بمقدار قيمته. لأن حق الراهن والمرتهن في الرهن كلاهما محترم فمن أهلكه أو عيبه يضمن حق الآخر وصورة الضمان يرد تفصيلها أثناء الشرح (أبو السعود).

وإذا أهلكه أو عيبه المرتهن فلأن المرهون إذا هلك في يد المرتهن بلا تعد ولا تقصير فإنه وإن كان مضموناً على المرتهن فهو ضمان بغيره وأما الضمان في حالة الإتلاف فهو ضمان بنفسه.

وتشتمل هذه المادة على أربعة أحكام ولأجل توضيحها نفصلها كما يلي:

١ ـ إتلاف الرهن:

الحكم الأول: إذا أتلف الراهن الرهن ينظر: فإن كان الدين مؤجلاً يضمن الراهن بدل الرهن. يعني إن كان وقت اداء الدين لم يحل بعد يأخذ المرتهن من الراهن قيمته إن كان من القيميات ومثله إن كان من المثليات ويبقى ذلك البدل مرهوناً في يده لحين حلول أجل الدين. وإن كانت تلك القيمة أكثر من مقدار الدين المؤجل.

سؤال: حيث ان المرهون هو ملك الراهن وحيث ان صاحب الملك مقتدر على التصرف كيف ما شاء في ملكه وعلى إتلافه وتضييعه أيضاً فكان من اللازم أن لا يترتب الضمان على الراهن في هذه المسألة.

الجواب: نظراً لتعلق حق المرتهن الذي في المادة (٧٢٩) بالرهن المذكور يكون الراهن أجنبياً في حق الضمان يعني متى كان المتلف أجنبياً حقيقة فكما إنه يكون ضامناً فكذلك الراهن المتلف يكون ضامناً أيضاً (التنقيح وأبو السعود).

وبعد هذا متى حل الأجل المذكور فسواء أكان البدل المرقوم بدل مثله أم بدل قيمته فإذا كان من جنس مطلوبه يأخذ المرتهن مطلوبه منه. لأنه حين يظفر الداين بمال المدين الذي هو من جنس مطلوبه له أن يستوفي منه بلا إذن المدين (الدرر). إذا زاد يرد الزيادة للراهن. وبالعكس أي إذا نقص يطلب الداين مقدار النقص من مدينه الراهن على حدة. وأما إذا كان الدين حالاً أي معجلاً أو كان مؤجلاً وحل أجله لا يكون ضامناً بل لزمه اداء كل الدين إلى المرتهن. لأنه لا فائدة في هذا التقدير في ضمان الرهن.

٢ ـ تعييب الراهن:

الحكم الثاني: إذا عيب الراهن الرهن يكون ضامناً مقدار النقص العارض على المرهون بسبب التعييب ويكون بدل ضمان النقص المذكور مرهوناً في يد المرتهن. هذا إذا كان مطلوبه مؤجلاً وأما إذا كان معجلاً فسواء أكان معجلاً من أول الأمر أم مؤجلاً واكتسب حكم المعجل بحلول وقت الاداء فإذا كان بدل ضمان النقص المذكور من جنس مطلوبه له أن يجري حساب ذلك البدل بمطلوبه وإذا أوفى الدين كاملاً بهذه الصورة وجب عليه رد الباقي منه أي المرهون إلى الراهن. وإلا فيمسكه في يده كي يكون رهناً كما في السابق ويطلب باقي دينه من الراهن.

٣ ـ إتلاف المرتهن وإنكاره:

الحكم الثالث ـ إذا أتلف المرتهن الرهن يسقط من الدين بمقدار قيمته. إذا كان الدين معجلاً بحد ذاته أو مؤجلاً وحل أجله. وبتعبير آخر إذا حكم الحاكم ببدل الضمان بجنس الدين يقع التقاص بمجرد

الحكم المذكور (شرح المجمع). وإن كان بدل الضمان غير جنس الدين فلا يسقط الدين ويبقى البدل المذكور مرهوناً بمقام أصل الرهن وعدت الدراهم والدنانير مختلفة الجنس (رد المحتار). وأما إذا كان الدين مؤجلاً فيضمن فيمته. يعني يضمن قيمته يوم الإتلاف إن كان من القيميات وتكون القيمة المذكورة مرهونة في يد المرتهن. وعند حلول أجل الدين إن كانت القيمة المذكورة من جنس الدين له أن يجري التقاص على موجب التفصيل السابق. فإن كانت قيمة الرهن المذكور أكثر من الدين يضمن المرتهن ما زاد عنها أيضاً. لأن ما زاد من قيمة المرهون عن الدين أمانة. والأمانة إذا هلكت بالتعدي تضمن. (أنظر المادتين ٤٠١ و٧٨٧). وإلا فضمان هذه الزيادة ليس بسبب عقد الرهن (أبو السعود). وإن كانت قيمة الرهن المذكور أقل من الدين يأخذ المرتهن باقيه من الراهن (رد المحتار).

وإذا كان الرهن من المثليات يضمن المرتهن مثله ويكون مرهوناً عنده بمقام أصل الرهن.

إنكار المرتهن الرهن بحكم الاتلاف.

(أنظر المادة ٧٧٩) مثلاً لو ادعى شخص انه رهن كذا مالاً له بقيمة ألفي قرش عند هذا الشخص وسلمه له مقابل دينه البالغ ألف قرش وأنكر المرتهن الرهن بالكلية فإن كان الرهن غير حاضر وأثبته الراهن فكما ان الدين يسقط تماماً يكون ضامناً للراهن الألف قرش الباقية أيضاً (البهجة).

سؤال ـ عند إتلاف المرتهن الرهن فضمانة قيمته يوم الإتلاف على الوجه المشروح مناف لمسألة (الرهن مضمون بقيمته يوم القبض).

الجواب ـ ليس منافياً لأنه في هذه المسألة ضمان المرتهن القيمة يوم الإتلاف هو ضمان الغصب والإتلاف وأما على ذكر في المسألة الآتة فضمان الرهن بقيمته يوم القبض ضمان الرهن. وليس من منافاة بين الضمانين بل ممكن اجتماعهما بالنسبة إلى المرتهن. مثلاً بينما كانت قيمة المال المرهون مقابل الدين البالغ ألف قرش في شهر محرم ألف قرش تنزلت بسبب تراجع السعر في شهر رجب إلى ستماية قرش واستهلكه المرتهن بعد ذلك يضمن الستماية قرش التي هي قيمته يوم الإتلاف بضمان الغصب والأربعماية الباقية بضمان الرهن ويعتبر الدين أوفي كاملاً (مجمع الأنهر والخانية).

٤ ـ تعييب المرتهن الرهن:

الحكم الرابع ـ إذا عيب المرتهن الرهن سقط من الدين مقدار قيمة النقص العارض على المرهون بسبب التعييب (الدرر ورد المحتار) فإذا كان بدل الضمان هذا مساوياً للدين يكون أوفي تماماً وإذا زاد شيء يرده إلى الراهن مع الرهن. وإذا نقص له أن يطلبه من مدينه ويستوفيه من الرهن.

فائدة ـ في المسائل السابقة لما وجب الضمان على الراهن أخذ منه بدل الضمان وأعطى إلى المرتهن فليس في هذا ما يجدر بالتدقيق. ولكن متى وجب على المرتهن ضمان الغصب والإتلاف يعني متى اقتضى تأدية بدل الضمان كي تكون صورة التضمين معتبرة يجب أن تكون على الوجه الآتي:

يؤخذ بدل الضمان من المرتهن، ويعطى إلى الراهن ثم يعطيه الراهن إلى المرتهن بصفة رهن وإلا

يبقى الضمان الواقع غير معتبر ما لم يؤخذ ويقبض من المرتهن. لأن المرتهن مدين ببدل الضمان. فتأديته لا تصح قبل أن يؤخذ من يده ويقبض لأنه ليس للشخص الواحد ان يكون مؤديا للدين وقابضاً له في آن واحد. (الشارح).

عودة المرتهن إلى الوفاق بعد مخالفته:

قوله ـ (إذا أتلف المرتهن أو عيب الخ) اشارة إلى أن المرتهن إذا خالف أمر الراهن وعمل شيئاً يوجب الضمان ثم ادعى إنه عاد إلى الوفاق قبل أن يلحق نقص في قيمة الرهن وكذبه الراهن فالقول قول الراهن (أنظر المادة ٧٦) «رد المحتار».

فليكن معلوماً ان تعبير (يبرأ الراهن من الضمان) بمعنى انه يبرأ من ضمان الغصب وإلا فكما سيذكر في اللاحقة الآتية ان الضمان الذي يكون بسقوط الدين بسبب هلاك الرهن باق على كل حال.

لاحقة

في بيان المسائل العائدة لسقوط الدين بهلاك الرهن في يد المرتهن أو العدل

وإن تكن سبقت الإشارة إلى المسائل المذكورة إجمالاً في شرح المادة(٤٠١)فقد شرع بتفصيلها على الوجه الآتي بناء على المناسبة الموقعية:

مذهب الائمة الحنفية متعلق بضمان الرهن بالدين ولكن الإمام الشافعي رحمه الله تعالى قال بعدم سقوط الدين كلاً أو قسماً عند هلاك الرهن في يد المرتهن لأنه أمانة محضة وسرد ما يأتي في مقام الاستدلال على ذلك (إن مشروعية الرهن كانت لأجل الطمأنينة من الدين أي لأجل تأمين استيفائه فإذا كان مضموناً وكان يسقط الدين بهلاكه فيكون معنى التوثيق قد فات). واجتهاد الإمام مالك رحمه الله موافق لقول الإمام الشافعي هذا (رد المحتار). وقول الباجوري وهو من محققي الشافعية إن مذهب الإمام مالك في مضمونية الرهن مطابق للمذهب الحنفي. فعندالإمام الشافعي إذا هلك الرهن في يد المرتهن لا يكون المرتهن ضامناً له ما لم يكن المرتهن متعدياً سواء أكان ذلك بعد البراءة من الدين أم قبلها. وعدم إعطاء المرتهن الرهن في حال طلب الراهن واستعماله الرهن تعد. (انتهى)

ورغماً عن ان سقوط الدين بهلاك الرهن من أحكام الرهن العمومية ومن المهم فيها فلم يكتب في كتاب الرهن شيء عنها لا صراحة ولا إشارة بل انه قد صرح بسقوط الدين في كتاب الشركة في المادة (١١٠٨).

أدلة الحنفية ـ استدل الائمة الحنفية على مضمونية الرهن بالسنة وإجماع الأمة وبالدليل العقلي

السنة: الحديث الشريف المروي عن الرسول ﷺ وهو (ان رجلاً ارتهن فرساً فمات الفرس في يد المرتهن فقال رسول الله ﷺ ذهب حقك) فهذا الحديث الشريف يدل على بطلان الدين بضياع الرهن (شبلي).

إجماع الأمة: حيث ان إجماع الأمة واقع على مضمونية الرهن ففي القول بأنه أمانة خرق للإجماع (العناية).

الدليل العقلي ـ الرهن مقبوض لأجل الدين. فعند قبض الدين يكون مضموناً وبناءً عليه يقع التقاص بين الداين والمدين. لما كان قبض الدين مضموناً فالرهن المقبوض أيضاً لأجل الدين يكون ملحقاً بالدين ولذلك يكون هو أيضاً مضموناً. كما جعل المال الذي قبض بسوم الشراء مضموناً وكالمال الذي قبض بعد البيع دفعاً للضرر عن مالك العين (شرح المجمع لابن ملك).

أنواع الضمان ـ أنواع الضمان ثلاثة:

الأول ـ ضمان الغصب ـ ضمان الغصب هو الشيء المضمون بقيمته وببدله وتفصيله يرد في كتاب الغصب.

الثاني ـ ضمان المبيع هو الشيء المضمون بالثمن سواء أكان الثمن المذكور كثيراً أم قليلاً وهذا سبق بيانه في كتاب البيوع.

الثالث ـ ضمان الرهن ـ ضمان الرهن هو الشيء المضمون بقيمة المرهون وبالأقل من الدين (تعريفات السيد) وها نحن نباشر بتفصيله على الوجه الآتي:

في الرهن اعتباران.

الاعتبار الأول: عين الرهن. عين الرهن أمانة في يد المرتهن كالوديعة. والمسائل المتفرعة عن هذا أنواع هي كما يأتي

أولاً: كل فعل إذا أوقعه المستودع في الوديعة فلا يلزم الضمان من أجله فإذا أوقعه المرتهن في الرهن لا يلزم الضمان أيضاً. مثلاً إذا حفظ المرتهن الخاتم المرهون في جيبه وهلك لا يكون ضامناً لأن هذه المعاملة عبارة عن محافظة وخصوصاً المرتهن مأمور بالمحافظة. كما لو كان المرهون قميصاً وعلقه المرتهن على كتفه وهلك لا يضمن لأن هذا الفعل حفظ وليس استعمالاً (الخانية). وقد مر ذلك في شرح المادة (٧٢٢).

ثانياً: نفقة الرهن عائدة على الراهن كما تبين في المادة(٧٢٤). كما ان نفقة الوديعة عائدة للمودع.

ثالثاً: إذا هلك الرهن يهلك وهو ملك الراهن. حتى إنه متى هلك الحيوان المرهون في يد المرتهن فمصاريف رميه في البحر أيضاً تعود على الراهن (رد المحتار).

رابعاً: لا يقوم قبض الرهن مقام قبض الشراء. لأن الرهن حيث إنه أمانة فالقبض فيه أمانة أيضاً وقبض الأمانة لا يقوم مقام قبض الضمان الذي هو أعلى. أنظر شرح المادة (٢٦٢).

خامساً: كل فعل بتقدير إيقاعه من المستودع في الوديعة يلزمه الضمان من أجله. إذا أوقعه المرتهن في الرهن يلزمه أيضاً ضمان الغصب. مثلاً كما إنه لا يمكن إعارة الوديعة وإيجارها وترهينها للغير لا يمكن أيضا إعارة الرهن وإيجاره وترهينه للغير. حتى إنه إذا أعار المرتهن الرهن أو أودعه أو آجره أو رهنه لآخر أو استعمله بدون إذن الراهن لكونه قد تعدى في حال هلاكه يكون ضامناً بضمان الغصب (التنقيح).

سادساً: إذا توفي المرتهن مجهلاً فكما جاء في المادة (٨٠١) يلزم ضمان جميع القيمة. وفي هذه الحالة إذا كانت قيمته زائدة عن الرهن يسقط الدين وتؤدى الزيادة من تركة المرتهن إلى الراهن (التنقيح).

سابعاً: إذا ادعى الراهن انه رهن عند هذا الرجل ماله البالغ ألفي قرش في مقابلة ألف قرش دينه وسلمه له وأثبت ذلك لدى الإنكار فإذا لم يعلم ما فعل ذلك الرجل بالرهن يضمن المرتهن كل قيمته. وبناءً عليه فإنه يجري حساب ألف قرش وتلزم إعادة الألف قرش الباقية ضماناً إلى الراهن (الهندية) أنظر المادة (٩٠١).

الاعتبار الثاني: مالية الرهن. مالية الرهن مضمونة. وبما انه لا يلزم المستودع شيء عند هلاك الوديعة بلا تقصير ولا تعد فعند هلاك الرهن بلا تعد ولا تقصير ـ يجب سقوط الدين بمقدار قيمة الرهن وهاك بيان بعض المسائل التي تتفرغ عن هذا الاعتبار.

أولاً: إذا هلك الرهن في يد المرتهن وكانت قيمته يوم قبضه مساوية للدين فيعد الدين الذي في مقابلته كأنه استوفى يوم قبض الرهن، يعني يعتبر كأنه استوفى في الوقت المذكور ويسقط الدين بطريق الإستيفاء. ويطلق على هذا الاستيفاء الحكمي (شرح المجمع). وفي تلك الحالة فليس للمرتهن أن يطالب الراهن بشيء ولا الراهن المرتهن (التنوير ومجمع الأنهر). أنظر المادة (٣٩٩). فإذا فقد المرهون الذي في يد المرتهن بعد اداء الراهن الدين يلزم على الداين أن يرد للمدين الدين الذي أخذه، لأنه بهلاك الرهن تبين ان المرتهن استوفى مطلوبه حينما قبض الرهن. فبناءً عليه حيث ان أخذه مطلوبه ثاني مرة يكون استيفاء بعد الاستيفاء وجب عليه المطلوب الذي قبضه إلى الراهن (التنقيح والزيلعي). وإذا رهن الراهن ساعة بعشر ذهبات مقابل عشر ذهبات دين ثم أوفى ست ذهبات من الدين وقال فلتَبْقَ الساعة رهناً مقابل الأربع ذهبات الباقية وبعد ذلك هلكت الساعة في يد المرتهن فلا اعتبار لهذا القول فتهلك بكامل الدين ويترتب على المرتهن رد الست ذهبات إلى الراهن (الأنقروي).

ثانياً: إذا أوفى رجل دين آخر تبرعاً وقبل أن يرد الرهن الذي في مقابلة الدين إلى الراهن ملك في يد المرتهن فنظراً لسقوط الدين يرد المرتهن إلى الرجل المطلوب الذي قبضه منه.

يعني ان هذه الدراهم يرجعها المرتهن المتبرع (الأنقروي في المداينات). لأنه لما سقط الدين بهلاك الرهن تبين ان المتبرع أوفى ديناً غير واجب الإداء. وعليه وجبت إعادته إلى المتبرع (شرح المجمع). رجل عليه دين وكفل إنساناً بإذن الداين فأعطى المدين لصاحب الدين رهناً بذلك المال ثم قضى الكفيل دين الطالب ثم هلك الرهن عند الطالب فإن الكفيل يرجع على الأصيل ولا يرجع على الطالب ويرجع المطلوب على صاحب الدين بدينه (الخانية).

ثالثاً: إذا رهن المدين ماله البالغ ألف قرش مقابل ألف قرش دينه وسلمه ثم حول داينه بالدين المذكور على شخص آخر من مدين له بألف قرش بالحوالة المقيدة وقبل أن يسترد الراهن هلك الرهن المذكور في يد الداين وبما ان الدين ساقط تبطل الحوالة أيضاً. بناءً عليه يأخذ المحيل مطلوبه الذي عند المحال عليه منه أي من المحال عليه (البزازية وفتاوى ابن نجيم).

رابعاً: إذا هلك بعض الرهن يسقط من الدين بنسبته مثلاً إذا هلك مقدار من المرهون في يد

المرتهن يسقط مقدار من الدين بنسبته وإن كانت قيمة الرهن مساوية للدين أو زائدة عنه. مثلاً إذا رهن رجل خاتمين في مقابلة ألف قرش وسلمهما ثم هلك خاتم منهما فيسقط من الدين بمقدار ما يصيب ذلك الخاتم، أي إذا كانت قيمة الخاتم الهالك ألف قرش وقيمة الآخر ألفين فيبقى الثلثان من الدين يعني من الألف قرش ويسقط الباقي. وإلا فكون قيمة الخاتم الهالك ألف قرش لا توجب سقوط الدين كاملاً.

خامساً: إذا رهن شخص مقابل دين مابة قرش فرواً بأربعماية قرش وسلمه ثم أفسدت العثة الفرو وهو في يد المرتهن ونزلت قيمته إلى مابة قرش فيسقط ثلاثة أرباع الدين فقط ويؤدي المدين خمسة وعشرين قرش إلى الداين ويسترد الفرو. لأن كل ربع من الفرو مرهون بربع وقد بقي من الفرو ربعه فبقي أيضاً من الدين ربعه (التنقيح).

سادساً ـ إذا رهنت دار مقابل ألف قرش وخربت بدرجة أن صارت عرصة صرفة يقسم الدين على قيمة البناء والعرصة يوم قبضهما فيسقط المقدار الذي يصيب البناء ويبقى المقدار الذي يصيب العرصة. ولو رهن شيئين فاستحق أحدهما عند المرتهن أو ظهر حراً يهلك الآخر بحصته من الدين (رد المحتار والخانية).

سابعاً ـ إذا أخذ الداين من الكفيل رهناً كما أخذ من الأصيل وهلك الرهنان الواحد تلو الآخر وان كان كل منهما كافياً للدين حيث ان كلاً من الأصيل والكفيل مطالب بجميع الدين نظراً لكون الرهن الثاني عد زيادة في الرهن أيهما هلك يهلك بحصته من الدين.

بناءً عليه بما ان الدين ينقسم على قيم الرهن الأول والثاني فإذا كانت قيمتهما متساوية يهلك المرهون بنصف الدين (الخانية). وقد مر بيان ذلك في شرح المادة (٧١٣).

القيمة المعتبرة في الرهن بالنسبة إلى الراهن والمرتهن الأجنبي:

القيمة المعتبرة في الرهن بالنسبة إلى المرتهن هي على ما ذكر أعلاه قيمته يوم قبضه. وإلا فالقيمة يوم الهلاك ليست معتبرة بالنسبة إلى المرتهن. إذ انه كما جاء في المادة (٧١٣) إذا زيد في الرهن فكما ان الاعتبار يكون بقيمته يوم قبضه فقيمة الزيادة أيضاً يوم قبضه هي المعتبرة بحكم الزيادة وإليك بيان بعض المسائل التي تتفرغ على هذا:

أولاً ـ إذا رهن رجل ماله الذي تبلغ قيمته ألف قرش مقابل ألف قرش دينه وسلمه إلى المرتهن ثم أعاده المرتهن إلى الراهن وبعد مدة استرده وقبضه فإن كانت قيمة الرهن المذكور خمسماية قرش وهلك بعدئذٍ في يد المرتهن يهلك بألف قرش. بخلاف الغصب إذا تكرر بعد الرد حيث يعتبر الثاني لأنه الموجب لا الأول لانتساخه (البزازية في الثالث من الرهن).

وأما بالنسبة إلى الأجنبي المعتبر هو القيمة يوم الإتلاف بناء عليه إذا رهن مال بقيمة ألف قرش مقابل دين ألف قرش وسلم وتنازلت قيمته وهو في يد المرتهن إلى ستماية قرش بسبب تراجع السعر ثم استهلكه رجل أجنبي فيضمن ذلك الأجنبي ستماية قرش (أنظر المادة (٩١٢)). وحيث ان الأربعماية قرش التي هي زيادة قيمته يوم القبض مضمونة بضمان الرهن بالنظر إلى المرتهن فعندما يأخذ المرتهن من المستهلك الأجنبي ستماية قرش يكون كأنه استوفى جميع دينه (مجمع الأنهر والخانية).

ثانياً ـ إذا رهن رجل مالاً على انه سالم من العيب مقابل دين وظهر المال المذكور معيباً ثم هلك فإن كانت قيمة المال المذكور يوم قبضه حال كونه معيباً كافية للدين يسقط أيضاً كل الدين بموجب التفصيلات السابقة (الهندية).

ثالثاً ـ إذا هلك الرهن في يد المرتهن حال كون قيمته يوم قبضه ناقصة عن الدين يسقط من الدين بمقدار قيمته. ويطلب المرتهن البقية من الراهن. لأن الاستيفاء على قدر المالية (رد المحتار). أنظر المادة(٤٠٠) .مثلاً لو رهن رجل مالاً بخمسماية قرش مقابل دين ألف قرش وهلك الرهن في يد المرتهن يسقط خمسماية قرش ويرجع المرتهن على الراهن بالخمسماية قرش الباقية (الدرر).

رابعاً ـ إذا هلك الرهن في يد المرتهن حال كون قيمته زائدة عن الرهن يسقط الدين كله وأما ما زاد عن الدين فإن كان هلاك الرهن بتعدي المرتهن فبناء على المادة (٧٤١) يضمن المرتهن ما زاد أيضاً (رد المحتار). أنظر المادة(٧٠١). بتعبير آخر يضمن المرتهن بدل ما زاد من الرهن عن الدين أيضاً نظراً ليوم إتلافه وتعديه أنظر المادة(٩١٢).

وإذا كان هلاكه بلا تعد ولا تقصير فبناء على المادة(٧٦٨) لا يلزم المرتهن اداء تلك الزيادة. سواء أكان ثبوت هلاك تلك الزيادة بالبينة أو بقول المرتهن ويمينه يعني يكون المضمون مرهوناً على كلا الوجهين بالأقل من الدين والقيمة (أبو السعود) لأن يد المرتهن يد الاستيفاء، والضمان بالمقدار المستوفى مثلاً لو كان دين أحد عشر ذهبات فقط وأعطى داينه كيساً يحتوي على عشرين ذهباً وهلكت كلها في يد المرتهن فحيث ان المرتهن يضمن مقدار الدين يكون والحالة هذه قد أوفى ذلك الدين والعشر ذهبات الباقية تكون هلكت أمانة عند الداين.

رهن المقدار الزائد من الرهن عن الدين لضرورة. لأنه يمتنع حبس المرهون بدون الزيادة. وبموجب المادة(٢٢) ما ثبت لضرورة يقدر بمقدار تلك الضرورة. يعني ان الضرورة تثبت في مرهونية ومحبوسية الرهن فقط. وإلا ليس من ضرورة في مضمونية الزيادة المذكورة كالأصل. لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن. كما هي الحالة في استعارة الراهن الرهن من المرتهن. ففي حالة هذه الاستعارة ما زال المرهون في يد الراهن بحكم الاستعارة مع بقاء الرهن ولا ضمان على المرتهن «العناية. الفتح، الهندية والكفالة».

مثلاً إذا هلك المرهون في يد المرتهن بلا تعد ولا تقصير أو سرق يسقط الدين «التنقيح». وكذلك إذا ادعى المرتهن هلاك الرهن بلا تعد ولا تقصير يسقط الدين ولا يلزمه ضمان زيادة المرهون عن الدين لأنها أمانة.

وأما إذا ذبح المرتهن النعجة المرهونة واستهلكها يسقط الدين ويضمن الزيادة أيضاً إن كانت قيمة المرهون زائدة عن الدين. ولو كانت ذبحت تلك النعجة لمرضها ولخوف من هلاكها «البزازية».

وكذلك إذا رهنت أمتعة بألفي قرش مقابل دين ألف قرش وهلك منها بتعدي المرتهن قسم قيمته ألف قرش فحيث إن الدين يسقط تماماً يسترد الراهن باقي أمتعته من المرتهن «الفيضية» أنظر الحكم الثالث في شرح المادة «٧٤١».

وكذلك إذا رهن شخص ثوباً بقيمة عشرين قرشاً مقابل دينه البالغ عشرة قروش وسلمه وبعده تنازلت قيمته إلى أربعة عشر قرشاً لاستعمال المرتهن اياه مدة بإذن الراهن ثم استعمله بلا إذن وطرأ على على قيمته نقص أربعة قروش وبعد ذلك هلك وهو بقيمة عشرة قروش فللمرتهن أن يأخذ من الراهن قرشاً واحداً فقط مقابل مطلوبه وتسقط التسعة قروش الباقية. لأن نصف الثوب وقت عقد الرهن مضمون بالدين والنصف الآخر أمانة وحيث ان المرتهن استعمله بإذن الراهن ولما كان استعمال المرتهن بإذن الراهن كاستعمال الراهن نفسه وكان النقص الطارىء بسببه غير مضمون فلا يضمن إلا النقصان الذي هو في هذا المثال أربعة قروش فقط (البزازية ورد المحتار). فما وجب على المرتهن وهو أربعة قروش يصير قصاصاً بقدرها من الدين فإذا هلك الثوب وقيمته بعد النقصان عشرة يكون نصفها مضموناً ونصفها أمانة فبقدر المضمون يصير المرتهن مستوفياً دينه وبقي قرش واحد فلهذا يرجع على الراهن بقرش واحد (الخانية).

معنى هلاك الرهن ـ هلاك الرهن صيرورته في حالة لا يصلح الانتفاع معها به. مثلاً كموت النعجة المرهونة.

وكذلك إذا صارت الأرض المرهونة بحيرة بسبب طغيان المياه عليها فهذه الحالة أيضاً بحكم الهلاك فسقط الدين بموجب التفصيلات السالفة. ولكن إذا انسحبت المياه أخيراً تعود كما كانت رهناً. أما إذا طرأ على الأرض المرهونة نقصان بسبب طغيان المياه ثم انسحابها فيسقط من الدين بمقدار النقصان المذكور (الهندية).

وإذا فر الحيوان المرهون وحكم الحاكم بسقوط الدين معتبراً الداين استوفى دينه ثم رجع الحيوان ترجع رهينته أيضاً لأن قبض الرهن إنما يكون استيفاء حقيقة إذا هلك ولما علم انه لم يهلك بقى محبوساً على الرهينة لا ملكاً للمرتهن (شرح المجمع والخانية) والفرس المغصوب إذا فر وقضى القاضي على الغاصب بالقيمة ثم عاد قيد الفرار فإنه يعود على ملك الغاصب.

وإذا اغتصب المرهون من يد المرتهن يكون بحكم الهالك وبناءعليه يسقط من الدين بمقدار قيمته ما لم يكن المرتهن مأذوناً من قبل الراهن على الوجه المذكور في المادة(٧٥٠) بالانتفاع من المرهون وغصب منه أثناء الانتفاع ففي تلك الحالة يصير عارية فلا يسقط الدين. وإذا لم يطرأ على الرهن خلل بالاغتصاب فللمرتهن أن يسترد الرهن من الغاصب إذا أمكنه ذلك.

الرهن الذي في مقابلة الأعيان المضمونة: قد ذكر في شرح المادة(٧١٠) انه من الجائز أخذ الرهن مقابل الأعيان المضمونة بنفسها. فإذا هلك الرهن في يد المرتهن والعين المضمونة بنفسها والمقابلة الرهن موجودة عيناً في يد الراهن يقبض المرتهن العين المضمونة بنفسها ويسلمها ويضمن الأقل قيمة من المرهون العين التي في مقابلته. لأن العين المرهونة حيث انها بمنزلة الدين المرهون فحيثما تصل إلى يد المرتهن يلزم على المرتهن أن يعطي مقدارها المضمون إلى الراهن، وما زاد عنه فهو أمانة. وأما إذا هلكت العين المرهونة وبقي الرهن فيصير الرهن مرهوناً في مقابلة بدل العين وقيمتها. لأن قيمة العين هي عبارة عن بدلها وبدل الشيء يقوم مقامه (لسان الحكام والهندية في الباب الأول في الفصل الثالث). وبعد هذا

إذا هلك الرهن يكون هذا الرهن مضموناً بالأقل من قيمة المرهون المذكور وبدل تلك العين وقيمتها حتى انه إذا كانت قيمة العين المرهونة أكثر من قيمة الرهن فللمرتهن أن يرجع بالزيادة على الراهن. وبالعكس إذا كانت قيمة الرهن أزيد من قيمة العين المرهونة فليس للراهن أن يرجع على المرتهن بتلك الزيادة. لأن الفضل من الرهن أمانة كما إذا كان مرهوناً بالدين وفيه فصل (الزيلعي).

الرهن مقابل المسلم فيه: أخذ الرهن مقابل المسلم فيه أيضاً صحيح. وفي هذا التقدير إذا هلك الرهن في يد المرتهن يكون عقد السلم تاماً والرهن عوضاً للمسلم فيه «الخانية».

كما انه لو تلف الرهن في يد المرتهن بعد فسخ عقد السلم وقبل أن يرد الرهن إلى الراهن يهلك بالمسلم فيه. يعني انه يلزم المرتهن رد وإعادة المسلم فيه «الدرر».

الرهن مقابل رأس مال السلم: إذا أخذ المسلم إليه من رب السلم رهناً لأجل رأس مال السلم جاز ذلك وإذا هلك الرهن المذكور في ذلك المجلس يعد المرتهن استوفى رأس مال السلم ويبقى السلم صحيحاً. وإذا لم يهلك الرهن في ذلك المجلس وهلك بعد الافتراق يبطل السلم ويرد الرهن إلى الراهن والحكم في الرهن مقابل البدل الصرف أيضاً هو على هذا الوجه «الخانية».

الشرط في عدم الضمان في الرهن ـ إذا هلك في يد المرتهن أو تعيب ونقصت قيمته ولو اشترط عدم سقوط الدين الذي في مقابلته فالرهن صحيح والشرط باطل. «أنظر المادة ٨٣» وشرحها (رد المحتار والأنقروي والهندية). مثلاً لو قال المرتهن للراهن إني آخذ منك الرهن بشرط عدم سقوط الدين وهلاك المرهون بلا شيء عند هلاكه وقال الراهن فليكن ذلك فحيث ان الرهن والشرط باطلان فإذا هلك أو ضاع يسقط الدين الذي يقابله على الوجه الذي سبق تفصيله «الخانية».

حكم الحكم في تناقص قيمة المرهون بتراجع الأسعار: إذا تناقصت قيمة المرهون بتراجع السعر والمرهون في يد المرتهن لا يوجب ذلك سقوط الدين (الخانية). مثلاً إذا رهن مال بمايتي قرش مقابل مايتي قرش دين وسلم ثم تنازلت قيمته إلىماية قرش بسبب تنزل الأسعار فلا يسقط نصف الدين (رد المحتار). كما هي الحالة في الغصب (أنظر المادة ٩٠٠) حتى انه لو أمر الراهن المرتهن أن يبيع هذا المال وباع المرتهن بماية قرش وقبض ثمنه فبعد أن يحسب الماية قرش مقابل دينه يأخذ الماية قرش الباقية أيضاً من الراهن إنما يشترط لعدم سقوط الدين بتراجع الأسعار بقاء الرهن. حتى انه إذا هلك الرهن بعد تراجع السعر يهلك بقيمته وقت القبض وليس بقيمته بعد التراجع.

الاختلاف في البيع أو الهلاك: إذا ادعى الراهن بأن المرهون هلك في يد المرتهن بعد تراجع السعر فسقط من الدين بمقدار قيمته وقت القبض بموجب التفصيلات الآنفة أو قال المرتهن أو العدل إن المرهون بيع بناء على الصلاحية التي في المادة(٧٦٠) بعد تراجع السعر وبناء عليه بقي فضل الثمن المسمى ديناً (فبحصول الاختلاف) على هذه الصورة بينهم ترجح بينة المرتهن أو العدل (الدرر رد المحتار والهندية).

الرهن بعد اداء الدين مضمون وبعد إبراء الإسقاط غير مضمون يعني بعد إداء الدين من قبل الراهن يبقى الرهن مرهوناً ومضموناً كالأول ما لم يسترد الرهن. أنظر شرح المادة(١٥٨).

بعض المسائل المتفرعة على هذا:

أولاً إذا استقرض شخص من آخر خمس كيلات قمح وقبضها وبعد أن رهن مقابلها مالاً وسلمه ثم اشترى القمح الذي بذمته بماية قرش ودفع المبلغ المذكور وسلمه وبعد ذلك هلك ذلك الرهن في يد المرتهن فلما كان بدل ذلك المال يعادل خمس كيلات قمح يكون قد هلك بخمس كيلات قمح وعليه يعيد المرتهن إلى الراهن المابة قرش التي أخذها.

ثانياً إذا رهن شخص مالاً بألف قرش عند دائنه بألف قرش وسلمه اياه وبعد أن أدى شخص أجنبي الدين المذكور تبرعاً هلك الرهن في يد المرتهن يسقط الدين ويلزم الداين أن يعيد إلى الشخص الأجنبي ما أخذه منه وإلا فليس للراهن أن يعيد ما قبضه إلى المرتهن.

ثالثاً إذا أدى الكفيل بالأمر الدين ثم هلك الرهن الذي أعطاه المدين إلى الداين في يد الداين سقط الدين. وفي هذا الحال يرجع الكفيل بالأمر إلى المدين وهذا يرجع على الداين. وإلا فليس للكفيل بالأمر أن يرجع على الداين رأساً.

رابعاً: إذا حول الراهن المرتهن بدينه على شخص ثم هلك الرهن في يد المرتهن يكون الرهن مضمونا بالدين والحوالة منفسخة. لأن الحوالة بطريق الاداء براءة خلاف الحوالة بطريق الإسقاط فإنها ليست براءة (الهندية، الدر المنتقى الخانية والأنقروي). إنما إذا كان الدين أكثر من قيمة الرهن لا تبطل الحوالة بما زاد (أبو السعود عن القستهاوي والدر والهداية).

خامساً: إذا أخذ البايع من المشتري رهناً مقابل المال الذي باعه اياه وبعد أن هلك الرهن في يد البايع ضبط ذلك المال بالاستحقاق من يد المشتري يكون المرتهن ضامناً للمرهون.

سادساً: إذا اشترى المرتهن من الراهن مالاً مقابل مطلوبه أو صالح الراهن على شيء من ذلك المطلوب ثم هلك المرهون في يد المرتهن لزمت قيمة المرهون لا يبطل الشراء والصلح. لأن الشراء والصلح عقد معاوضة، ولا يبطل بهلاك الرهن (رد المحتار).

سابعاً: إذا أبرأ المرتهن ببراءة الإسقاط أو وهبه مطلوبه ثم هلك المرهون في يد المرتهن فإن كان هلاكه قبل المنع أي قبل أن يمتنع المرتهن عن إعادة الرهن بناء على طلب الراهن ـ لا يكون المرتهن ضامناً للرهن. ويهلك مجاناً (الخانية). لأنه بسقوط الدين لا تبقى رهنية ويكون قبض المرتهن بهذه الصورة بعد سقوط الدين قبض أمانة لا قبض استيفاء (شرح المجمع والزيلعي) لأن بقاء الرهن بأمرين بالقبض والدين فإذا فات أحدهما لم يبق رهناً (الزيلعي والأنقروي).

وأما إذا هلك بعد المنع يكون المرتهن ضامناً كل قيمته لأنه يصير بالمنع المذكور غاصباً للرهن (البزازية) (مجمع الأنهر وعيني).

الفرق بين هذه المسألة والمسألة الآنفة ـ أي بين الإداء وإبراء الإسقاط ـ هو ان الإبراء يسقط الدين أصلاً وأما الاستيفاء لا يسقط أصلاً. لأن الدين موجود. والاستيفاء متعذر فقط (أبو السعود) راجع

شرح المادة(١٥٨).

نقصان العين يوجب سقوط الدين . يعني نقصان الرهن من حيث العين يوجب سقوط الدين بمقداره (الخانية). كما لو تعيب الرهن في يد المرتهن ونقصت قيمته يسقط من الدين بمقدار النقصان الحاصل (شرح المجمع لابن ملك ورد المحتار). بأن كان قلباً فانكسر وانتقصت قيمته يذهب قدر النقصان من الدين عند الكل (الخانية).

لذلك إذا رهن فرواً بأربعماية قرش مقابل مماية قرش وبعد أن سلم أكلت العثة الفرو وهو في يد المرتهن وتنازلت قيمته إلى ماية قرش يسقط من الدين أيضاً ثلاثة أرباعه أي خمسة وسبعون قرشاً وعند اداء خمسة وعشرين قرشاً يستخلص الفرو (البزازية الواقعات ورد المحتار).

وكذلك إذا كان المرهون حيواناً وعميت إحدى عينيه وهو في يد المرتهن فيسقط من الدين ربعه إن كانت قيمة الحيوان مساوية للدين أو زيادة عنه لأن الانتفاع بالحيوان يكون بأربعة أعين عينين للحيوان وعينين للذي يستعمله (الدر المختار) ورده معيباً قيمته خمسة وقال كذلك قبضته وقيمته سليماً عشرة وأقاما البينة فبينة الراهن أولى لسان الحكام. ولو رهن عبداً فعورت عينيه فقال الراهن كانت قيمته يوم العقد ألفاً ذهبت بالعوار خمسماية نصف الدين. وقال المرتهن كانت قيمته يوم الرهن خمسماية وذهب بالعوار ربع الدين كان القول قول الراهن مع يمينه لأن الظاهر انه لا يرهن بالاف إلا ما يساوي ألفاً أو أكثر والبينة أيضاً بينته (الخانية).

رهن المثليات ـ إذا رهن الذهب أو الفضة مقابل خلاف الجنس كما ترهن المثليات من سائر المكيلات والموزونات يعني مثلاً لو رهن الذهب مقابل الحيوان المغصوب وهلك الرهن يهلك بقيمته وتجري التفصيلات التي ذكرت آنفاً.

وأما إذا رهنت المثليات المذكورة مقابل جنسها وهلك الرهن فيهلك بمثله وزناً وكيلا ويسقط قدره من الدين ولا تعتبر الجودة والقيمة. مثلاً لو رهن رجل خمسين كيلة حنطة مقابل خمسين كيلة حنطة وتلف الرهن يسقط الدين ولا ينظر إلى جودة الدين أو الرهن وإلى رداءة الآخر. يعني لا يبحث عن قيمة الرهن في هذه المسألة.

كما لو كان الدين خمسة وخمسين كيلة فيسقط الخمسون ويأخذ المرتهن الباقي من الراهن. ولو كان الرهن خمسة وخمسين كيلة يسقط الدين وتبقى الخمس كيلات أمانة وتجري فيها أحكام الأمانة.

إثبات هلاك الرهن ـ هلاك الرهن بلا تعد يثبت بالشهود وبيمين المرتهن أيضاً. يعني إذا ادعى المرتهن هلاك الرهن وأنكر الراهن فإن أقام المرتهن البينة على هلاك الرهن فيها وإلا يحلف اليمين على هلاكه. (أنظر المادة ١٧٧٤). سواء أكان المرهون منقولاً كالحيوان والمتاع والحلي أو كان عقاراً.

ولا يقال حيث ان المرتهن ادعى هلاك المرهون ولم يدع هلاك شيء آخر من ماله فإدعاؤه بهلاك الرهن لا يسمع، وعند إثبات هلاك الرهن بهذا الوجه يسقط الدين بموجب التفصيلات التي مرت ولا

بكون المرتهن ضامناً للزيادة على تقدير زيادة قيمة الرهن عن الدين. (رد المحتار والتنقيح).

الاختلاف في قيمة الرهن ـ إذا اختلف الراهن والمرتهن في قيمة الرهن فالقول قول المرتهن. وإذا أقام كلاهما البينة فبينة الراهن أولى. لأن بينة الراهن تثبت زيادة الضمان راجع المادة(١٧٦٢).

مثلاً لو اختلف الراهن والمرتهن في قيمة المال المرهون مقابل دين ألف قرش فقال الراهن إن قيمته ألف قرش فسقط الدين كاملاً وقال المرتهن إن قيمته خمسمائة قرش فبقي لي بذمتك خمسمائة قرش فالقول قول المرتهن والبينة للراهن.

وأما إذا أفاد الطرفان إنهما لا يعلمان قيمة الرهن يكون الرهن مضموناً بالدين فقط. يعني بعد أن أدي الدين فقط.

وأفاد صاحب رد المحتار انه لا يوجد قول صراحة بخصوص ما يجب عمله فيما لو كان محققاً ان لرهن أقل من الدين مع جهالة قيمته.

الأحكام التي يتحد فيها البيع بالوفاء والرهن:

١ ـ المبيع فإذا هلك في يد المشتري فكما ان الدين الذي يقابله يسقط إذا هلك الرهن العادي في يد المرتهن يسقط الدين الذي في مقابلته أيضاً. راجع المواد ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١.

٢ ـ كما ان ليس للبايع بالوفاء أو للمشتري أن يبيع المبيع أو يرهنه لآخر ليس للراهن أو المرتهن أيضاً أن يبيعه أو يرهنه لآخر. أنظر المادة (٧٥٦).

٣ ـ إذا اشترط أن تعود بعض منافع البيع وفاء للمشتري فكما انه يصح ذلك بموجب حكم المادة (٣٩٨) إذا أبيحت منافع المرهون للمرتهن جاز ذلك. راجع المادة (٧٥٠).

٤ ـ كما إن المشتري أحق من سائر الغرماء في المبيع وفاء فالمرتهن أيضاً أحق في المرهون من سائر الغرماء. راجع المادتين ٤٠٣ و٧٢٩.

٥ ـ إذا ادعى المرهون من قبل آخر فكما إنه يشترط بحكم المادة ١٦٣٧ حضور الراهن والمرتهن أثناء المحاكمة يشترط أيضاً فيما إذا أدعي المبيع وفاء من طرف آخر في هذه الدعوى.

٦ ـ إذا توفي البايع أو المشتري أو كلاهما في المبيع وفاء فكما إن ورثة المتوفي تقوم مقامه فالحكم في الرهن أيضاً مثله كما ذكر في المادتين ٧٣٣ و ٧٣٧.

٧ ـ كما ان الشفعة لا تجري في العقار المبيع وفاء لا يجري في العقار المرهون أيضاً. راجع المادة(١٠٢١).

٨ ـ إذا بيع عقار مجاور للعقار المبيع وفاء تثبت الشفعة للبايع وفاء ولا تثبت للمشتري وفاء كما انه إذا بيع عقار متصل بالعقار المرهون، فالشفعة في هذا العقار المبيع للراهن وليست للمرتهن.

٩ ـ كما ان تعمير المرهون عائد على الراهن بحكم المادة (٧٢٤) فتعمير المبيع وفاء عائد أيضاً على البايع (الفصولية).

١٠ ـ كما ان القبض شرط في إتمام الرهن بحكم المادة.(٦٠٧) فالقبض شرط أيضاً في إتمام البيع بالوفاء (علي أفندي) راجع المادة (٧٠٦).

الأحكام التي يختلفان فيها:

١ ـ إذا آجر المشتري المبيع وفاء يعد القبض للبايع صحيح ولزمت الأجرة، وأما إذا آجر المرتهن الرهن يطلب الأجرة وبقي عقد الرهن كالأول ولا تلزم الأجرة.

٢ ـ في البيع بطريق الاستغلال استئجار البايع المبيع من المشتري بعد التسليم والتسلم صحيح، والأجرة لازمة وأما في الرهن فمقاولة الاستغلال وإيجاره لا يجوزان (الأنقروي في البيع بالوفاء).

﴿المادة ٧٤٢﴾ إذا أتلف آخر الرهن يعطي قيمته يوم الإتلاف وتكون تلك القيمة رهناً عند المرتهن

إذا أتلف الرهن شخص آخر أي غير الراهن والمرتهن واستهلكه أو عيبه فإن كان الرهن المذكور من القيميات يعطى المرتهن قيمته يوم هلاكه وإذا عيبه يعطى نقصان قيمته يوم التعييب سواء أتلفه بقصد أم بغير قصد (أنظر المادة ٩١٢).

يعني إذا كان المتلف أجنبياً يأخذ المرتهن القيمة المذكورة منه. ويكون المرتهن خصماً للمتلف في هذه الدعوى. لأن المرتهن كما انه أحق في عين الرهن يكون أحق أيضاً في استرداد ما يقوم مقامه (تكملة البحر). أنظر الفقرة الثانية من المادة(١٦٣٧).

وتكون تلك القيمة رهناً عند المرتهن. وإن كان الدين معجلاً وكانت القيمة المذكورة من جنس ذلك الدين يستوفي المرتهن مطلوبه من تلك القيمة. ولا يشترط في هذا رضى الراهن. وإن كانت القيمة المذكورة أقل من الدين يرد الفضل إلى الراهن. وإذا كان الدين مؤجلاً يحبس المرتهن القيمة المذكورة لوقت حلول اداء الدين عندما يحل الأجل إن كانت تلك القيمة من جنس الدين، يجري حسابها من مطلوبه (رد المحتار وعبد الحليم) وإن بقي فضل برده إلى الرهن. كما انه يمسك بدل الضمان على كل حال إذا لم يكن من جنس مطلوبه.

وكذلك إذا كان الرهن من المثليات يأخذ المرتهن مثله من المتلف ويبقى ذلك المثل مرهوناً في يد المرتهن (أنظر المادة ٨٩١).

فإذاً، إذا كان المتلف أجنبياً يضمن قيمته يوم الإتلاف على الوجه المشروح وإذا كان المتلف المرتهن يضمن قيمته يوم القبض كما مر تفصيله في لاحقة شرح المادة (٧٤١) (التنقيح وشرح المجمع) مثلاً لو رهن مالاً بقيمة ألف قرش في غرة محرم مقابل ألف قرش وسلم فنزلت قيمة المال المذكور في رجب بتراجع السعر إلى ست ماية قرش فاستهلكه أجنبي وهو في يد المرتهن في رجب يكون ذلك الأجنبي ضامناً الستماية قرش التي هي قيمته يوم هلاكه، ويسقط من الدين أربعماية قرش ويكون كأن هذا المقدار من الرهن هلك بآفة سماوية وتكون الستماية قرش مرهونة بموجب هذه المادة

ولا يقال انه قد مر في شرح المادة (٧٤١) ان الدين لا يسقط مقابل الرهن الذي تناقصت قيمته

بتراجع السعر فسقوط أربعماية قرش من الدين في هذه المسألة مخالف له. لأن عين الرهن في المسألة المذكورة باقية كما كانت، وفي هذه عين الرهن قد هلكت. وإيضاح الفرق بينهما هو أنه لما كان الرهن باقياً كان المرهون في حالة يمكن معها الرجوع إلى قيمته يوم القبض بترقي الأسعار. وأما لما كان الرهن هالكاً يكون نقصان القيمة قد تقرر ولم يبق احتمال أن يرجع إلى حالته الأولى بترقي السعر (رد المحتار)

الفصل الثاني

في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن

القاعدة في هذا هي : إذا تصرف الواحد من الراهن والمرتهن بإذن الآخر في المرهون تصرفاً مشروعاً لا يقبل الفسخ ، ينفسخ الرهن بسبب هذا التصرف . وإلا فلا يطرأ خلل على صحة الرهن . والمسائل الآتي ذكرها تتفرع على هذه القاعدة .

خلاصة الفصل

التصرفات في الرهن ستة وفي كل منها ثلاثة احتمالات :

التصرف الأول ـ العارية . الإعارة تكون :

١ ـ للراهن .
٢ ـ للمرتهن .
٣ ـ للاجنبي .

وفي هذه الصور الثلاث توجب سقوط الرهن من الضمان سواء أكان المستعير الراهن أم الأجنبي أو المرتهن ـ بشرط هلاكه حال استعماله ـ ولكن حيث ان الإعارة ليست من العقود اللازمة فليس من شأنها أن تفسخ عقد الرهن ونزيله «أنظر المادتين ٧٤٨ و ٧٤٩» .

التصرف الثاني ـ الوديعة . يكون المستودع :

١ ـ الراهن .
٢ ـ المرتهن .
٣ ـ الأجنبي .

١ ـ إذا أودع المرتهن الرهن إلى الراهن فما زال المرهون في يد الراهن فينتقض القبض ويبطل ضمان الرهن أيضاً . ولكن حيث انه لا يطرأ خلل على الرهينة فللمرتهن أن يسترجع الرهن . أنظر شرح المادة (٧٤٩) .

٢ ـ إيداع الراهن الرهن إلى المرتهن ليس له معنى . لأن المرهون ذاتاً في يد المرتهن وأمانته .

٣ ـ يجوز للمرتهن أن يودع ويسلم الرهن بإذن الراهن إلى شخص آخر وللراهن ذلك أيضاً بإذن المرتهن ويكون ذلك الشخص عدلاً . وكما أنه لا يطرأ خلل في هذه المعاملة على عقد الرهن فلا يسقط ضمان الرهن أيضاً .

التصرف الثالث ـ الرهن. المرتهن الثاني يكون:

١ ـ الراهن.
٢ ـ المرتهن.
٣ ـ الأجنبي.

١ ـ حيث ان المرهون ملك الراهن فلا يترتب حكم على رهن المرتهن الرهن عند الراهن. غير انه حينما يسلمه ويعيده المرتهن للراهن بناء على هذا الرهن يبطل ضمان الرهن وينتقض القبض. ولكن لا يطرأ خلل على الرهينة السابقة.

٢ ـ وأما رهن الراهن الرهن للمرتهن فما دام الرهن الأول باقياً لا حكم للرهن الثاني. غير انه إذا فسخ الرهن الأول وأقيل وأعيد المرهون إلى الراهن وأكمل أمر الفسخ يصبح الرهن والتسليم في مقابلة دين آخر بعقد جديد، ويعتبر في قيمة الرهن زمان الرهن والتسليم ثانياً.

٣ ـ إذا رهن الراهن أو المرتهن المرهون بإذن الآخر إلى شخص ثالث وسلمه له يبطل عقد الرهن الأول. بيد أنه إذا رهن الراهن أو المرتهن مقابلة دينه إلى شخص آخر وسلمه يبطل الرهن الأول بسبب هذا الرهن ويكون الرهن الثاني رهن المستعار.

التصرف الرابع ـ الإجارة، يكون المستأجر:

١ ـ الراهن.
٢ ـ المرتهن.
٣ ـ الأجنبي.

١ ـ إذا كان المستأجر الراهن يبطل الرهن ويكون المرتهن كأنه أعار المرهون إلى الراهن أو أودعه اياه.

٢ ـ إذا كان المستأجر المرتهن وتجدد القبض لأجل الإيجار يبطل الرهن.

٣ ـ إذا كان المستأجر أجنبياً وأجرى أحدهما عقد الإجارة بإذن الآخر وسلم المرهون إلى المستأجر يبطل الرهن لأن الإجارة عقد لازم فتبطل الرهن، والاجرة. غير أنه حق قبض الاجرة راجع للعاقد.

كذلك المؤجر يكون:

١ ـ الراهن.
٢ ـ المرتهن
٣ ـ الأجنبي.

١ ـ إذا آجر الراهن المرهون إلى آخر وسلمه اياه بلا إذن المرتهن تكون الإجارة جائزة يعني لا تكون لازمة بالنسبة إلى المرتهن. وللمرتهن أن يعيد المرهون إلى الرهنية. والاجرة للراهن.

٢ ـ إذا آجر المرتهن المرهون إلى آخر بلا إذن الراهن فالاجرة للمرتهن. بيد أنه لا تكون تلك

الأجرة حلالاً له بل يجب أن يتصدق بها. ويعيد الراهن المرهون إلى الرهنية. وإذا هلك المأجور في يد المستأجر ولو بلا تعد لزم الضمان.

٣ ـ إذا آجر شخص أجنبي المرهون فضولاً لآخر فإذا أجازه الطرفان (الراهن والمرتهن) جاز وبطل الرهن وكانت الأجرة للراهن. إذا أجازه الراهن فقط فالاجرة أيضاً للراهن بيد أنه للمرتهن أن يعيده إلى الرهنية

وإذا أجازه المرتهن فقط:

فالإجارة باطلة وتكون الأجرة للآجر إلا ان هذه الاجرة ليست حلالاً له وللراهن أن يعيده إلى الرهنية (الخانية).

التصرف الخامس ـ البيع يكون المشتري:

١ ـ الراهن.
٢ ـ المرتهن
٣ ـ أجنبي.

الصورة الأولى ـ كون المشتري الراهن، حيث ان المرهون ملك الراهن وإن كان لا حكم لبيع المرتهن فالرهن له، وإذا أعاد المرتهن الرهن للراهن وسلمه اياه بناءً على هذا البيع يسقط الضمان من المرتهن لانتقاض القبض.

في الصورة الثانية يكون الرهن باطلاً. راجع المادتين (٧٤٦ و١٤٧) وشروحها.

التصرف السادس ـ الهبة وحكمها كحكم البيع الذي فصل آنفاً.

الأصل في تصرف الراهن هو هذا: إذا تصرف الراهن في المرهون قبل سقوط الدين بوجه ممكن الفسخ ـ كالبيع والإجارة والهبة والصدقة والإقرار ـ فتصرف الراهن هذا لا يكون نافذاً بدون رضى المرتهن ولا يسقط حق المرتهن في الرهن. ولكن إذا أوفى الراهن بعد هذا دين المرتهن يسقط حق حبس المرتهن وتكون التصرفات المذكورة نافذة كما سيتضح من التفصيلات الآتية. (أنظر المادة ٢٤) الهندية.

﴿المادة ٧٤٣﴾ رهن الراهن أو المرتهن الرهن لشخص آخر بدون إذن الثاني باطل.

حتى إنه إذا ادعى المرتهن والراهن غائب على رجل قائلاً إن فلاناً الغائب رهن عندي هذا المال وسلمني اياه وأنا أعرته أو آجرته لهذا المدعي عليه وسلمته اياه فليعده لي وأثبت ذلك يعاد المزهون إلى المدعي (الأنقروي).

تشتمل هذه المادة على حكمين وإيضاح كل واحد منها كما يأتي:

الحكم الأول رهن الراهن الرهن بدون إذن المرتهن باطل، راجع المادة (٤٦).

مثلاً إن الراهن بعد ان رهن مالاً عند شخص وسلمه اياه إذا رهن ذلك المال عند شخص آخر أيضاً وأخذه من يد الشخص الأول بدون إذنه وسلمه للثاني فيكون الرهن الثاني هذا باطلاً ويحق للمرتهن الأول استرداده من المرتهن الثاني. وإن أدى الراهن الدين الأول بعد ذلك لا ينقلب الرهن الأول إلى الصحة (التنقيح وواقعات المفتين) بخلاف بيع الرهن لأن البيع يتم بالعقد دون الرهن. وإذا هلك المرهون في يد المرتهن الثاني يضمنه المرتهن الأول للثاني. (أنظر شرح المادتين ٧٤١ و ٧٤٢).

قيل (بدون إذنه) لأن للراهن أن يرهن الرهن لشخص آخر بإذن المرتهن. وسيأتي بيان ذلك في المادة الآتية.

الحكم الثاني - رهن المرتهن الرهن بدون إذن الراهن باطل راجع المادة (٩٦). حتى إذا رهنه وسلمه وهلك الرهن المذكور في يد المرتهن الثاني قبل الإعادة فالراهن مخير: إن شاء ضمنه للمرتهن الأول بكل قيمته بناء على المادتين (٩٠١ و٨٩١) وتوفيقاً لحكم لاحقة شرح المادة (٧٤١). وفي هذا التقدير يعطى بدل الضمان رهناً للمرتهن الأول، يعني يجري الحكم في هذا البدل كالحكم الأول المدرج في شرح المادة (٧٤١). مثلاً إن كان الدين حالاً وبدل الضمان من جنس الدين يسقط الدين وإن كان فضل من قيمة الرهن فالمرتهن مجبور على أن يعطي ذلك الفضل أيضاً للراهن (التنقيح وعيني). وفي هذه الصورة حيث ان المرتهن يكون مالكاً لذلك المال بالضمان المذكور فيكون كأنه رهن مال نفسه للمرتهن الثاني وبسبب هلاكه في يد هذا الأخير يسقط الدين بموجب لاحقة شرح المادة (٧٢١). وإن شاء ضمن قيمة ذلك الرهن للمرتهن الثاني، بصفته غاصب الغاصب. وفي هذه الحالة يعطي بدل الضمان للمرتهن الأول على أن يكون رهناً وعلى هذا التقدير يبطل الرهن الثاني ويرجع المرتهن الثاني بالشيء الذي ضمنه وبمطلوبه على المرتهن الأول. راجع شرح المادة (٧٠١). وأما إذا كان الرهن المذكور موجوداً في يد المرتهن الثاني يدعى الراهن ذلك الرهن بحضور المرتهن من المرتهن الثاني وبعد أن يسترده يوضع كما كان رهناً في يد المرتهن الأول. وورد في الحكم الثاني أيضاً بدون إذن الراهن، لأن للمرتهن أن يرهن الرهن لشخص آخر بإذن الراهن. كما سيبين في المادة (٧٤٥).

ويفهم من التفصيلات الآنفة إنه قد بسط في هذه المادة والمادتين ٧٤٤ و٧٤٥ الآتي ذكرهما فائدة قيد (بدون إذنه) والمحترز عنه به.

﴿المادة ٧٤٤﴾ - إذا رهن الراهن الرهن عند آخر بإذن المرتهن يبطل الرهن الأول ويصير الرهن الثاني صحيحاً.

أي (١) اذا رهنه الراهن عند شخص آخر وسلمه اياه أو (٢) إذا استأجر المرتهن الرهن من الراهن وجدد القبض أو (٣) إذا أخذ المرتهن الأرض المرهونة مزارعة يبطل الرهن الأول في هذه الصور الثلاث يعني أنه يصير منفسخاً ويكون الرهن الثاني صحيحاً في الصورة الأولى. أنظر المادة (٧١٨).

فلنوضح الآن الصور الثلاث المذكورة:

الصورة الأولى: بعد أن يرهن الراهن الرهن بإذن المرتهن لا يحق للمرتهن الأول أن يسترده من يد المرتهن الثاني ويضبطه على أن يكون رهناً كالأول بدعواه ان المال المذكور رهن عنده. راجع المادة (٥١). لأن الرهن للشخص الآخر من العقود اللازمة ولا يمكن فسخها. (ورد في الشرح وسلمه). لأن الرهن بدون التسليم لا حكم له كما ذكر في المادة (٧٠٦).

الصورة الثانية: إذا استأجر المرتهن الرهن من الراهن وحدد القبض تكون الإجارة صحيحة ويكون الرهن باطلاً وإن كانت الإجارة فاسدة. كما لو استأجر المرتهن المرهون بالإجارة الفاسدة وحدد القبض فحينما يمر زمن يكون استحق فيه مقدار من الأجرة يصير الرهن باطلاً (رد المحتار).

حتى انه بعد الاجارة على هذا الوجه ليس بامكان المرتهن ان يعيد المرهون الى الرهينة لأن الاجارة من العقود اللازمة ولا يمكن فسخها بدون رضا الطرفين. ولكن اعارة المرتهن المرهون لا تبطل عقد الرهن لأن الاعارة ليست من العقود اللازمة. راجع شرح المادة (١١٤). (الدر المختار ورد المحتار).

قد فهم من هذه الإيضاحات الفرق بين هذه المادة والمادة (٧٢٨).

الصورة الثالثة: إذا أخذ المرتهن الأرض المرهونة مزارعة فإن كانت المقاولة على أن تكون مؤونة البذر من المرتهن تكون هذه المزارعة بحكم الإجارة ويصير الرهن فيها باطلاً وإن كان الشرط أن تكون المؤونة من الراهن فلا يبطل الرهن (رد المحتار).

﴿المادة ٧٤٥﴾ ـ إذا رهن المرتهن الرهن بإذن الراهن يصير الأول باطلاً.

أي إذا رهن المرتهن الرهن لشخص آخر وسلمه اياه يكون هذا الرهن صحيحاً ويصير الرهن الأول باطلاً يعني منفسخاً ويصير الراهن الأول معيراً والراهن الثاني ـ المرتهن الأول ـ مستعيراً والشخص الآخر مرتهناً وتجري الأحكام المار ذكرها بشأن الرهن المستعار في المواد ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٣٢، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧ في هذا أيضاً. إنما التسليم كما أشير إليه شرحاً لازم لأنه بدونه لا حكم للرهن.

وبعد هذا لا يعود الرهن الأول الباطل على الوجه السابق ذكره كما كان رهناً بدون عقد جديد لأنه كما ذكر في شرح المادة السالفة أن الرهن المذكور من العقود اللازمة بالنسبة إلى الراهن فلا يمكن فسخه (رد المحتار والخانية).

﴿المادة ٧٤٦﴾ ـ إذا باع المرتهن الرهن بدون إذن الراهن فالراهن مخير إن شاء فسخ البيع وإن شاء اجازه ونفذه.

ليس للمرتهن أن يجري تصرفاً في المرهون يوجب إزالة ملك الرهن منه بدون أمر القاضي. ولو كان لأجل حفظه من الفساد وتحصينه، كالبيع والإجارة والهبة مع التسليم والصدقة مع التسليم والهدية مع التسليم. فإذا فعل يكون ضامناً (التنقيح).

فعليه إذا باع المرتهن الرهن بدون إذن الراهن أو أمر الحاكم أو بلا ضرورة يكون هذا البيع فضولاً ويكون الراهن مخيراً فيه بناء على المادة ٣٦٧ إن شاء فسخه وأعاد المرهون كالأول رهناً حتى أنه إذا باع شخص المال الموجود في عهدته وفاء إلى شخص آخر بدون إذن الراهن وسلمه فللراهن أن يطلب المال المذكور من ذلك الشخص ويدعيه ويأخذه. لأنه ولو كان حق الحبس للمرتهن فلكون الراهن مالكاً له أن يطلبه من الشخص الذي أمسكه بغير حق وبعد ذلك للمرتهن أن يأخذ عند حضوره ذلك المال من الراهن (الأنقروي). وإن شاء وكانت الشروط المحررة في المادة (٣٧٨) موجودة أجاز البيع ونفذه. راجع المادة (٩٦). أما إذا هلك الرهن المذكور قبل الإجازة في يد المشتري فلا تصح الإجازة بعده وفي هذا التقدير إن شاء الراهن ضمنه للمرتهن وإن شاء للمشتري. أنظر المادتين ٩٠١ و ٩١٠.

وإذا أجازه الراهن ونفذه حسب هذه الفقرة يصير ثمن المبيع مرهوناً كما يستفاد من المادة الآتية

الخلاصة إذا باع الراهن أو المرتهن المرهون بناء على المساغ والجواز المستفادين من المادتين ٧٤٧ و ٧٥٩ وإذا باعه المرتهن فضولاً وأجازه الراهن يقوم ثمن المرقوم مقامه ويصير مرهوناً وحيث إن الثمن المذكور أي ثمن المرهون المبيع يصير مرهوناً على الوجه المار ذكره سواء أقبضه أم لم يقبضه، فإذا أهلك ثمن المبيع حتى بوفاة المشتري مفلساً يسقط الدين بموجب لاحقة شرح المادة (٧٤١). (الخانية ورد المحتار والبزازية).

جاء «بدون رضا الراهن» لأنه إذا وكل المرتهن من قبل الراهن لبيع الرهن فبيعه للرهن يكون صحيحاً ونافذاً وكأنه بيع بإذنه ابتداء. حتى إذا قال الراهن للمرتهن أعط المرهون للدلال كي يبيعه وأعطاه المرتهن للدلالة وهلك في يد الدلالة لا يجب ضمان على المرتهن (لسان الحكام) والحكم على هذا المنوال فيما لو باعه المرتهن بدون إذن ثم أجازه الراهن.

وجاء أيضاً «بدون أمر الحاكم» لأنه كما يستفاد من المادة «٧٥٩» للمرتهن أن يبيع الرهن بأمر الحاكم.

وجاء أيضاً «بدون ضرورة» لأن للمرتهن أن يبيع الرهن إذا خيف من فساده ولم يكن امكان لمراجعة الحاكم.

﴿المادة ٧٤٧﴾ إذا باع الراهن الرهن بدون رضا المرتهن لا يكون بيعه نافذاً. ولا يطرأ خلل على حق حبس المرتهن بيد أنه إذا قضي الدين يصير البيع نافذاً. وإذا أجاز المرتهن ذلك البيع يصير نافذاً ويخرج الرهن من الرهنية ويبقى الدين على حاله. ويصير ثمن المبيع رهناً مقام المبيع. وإذا لم يجزه المرتهن فالمشتري مخير إن شاء تربص لحين فك الرهن وإن شاء راجع الحاكم وفسخ البيع بمعرفته.

إذا باع الراهن الرهن إلى أجنبي بدون رضا المرتهن ينعقد ذلك البيع موقوفاً على إجازة المرتهن إن

شاء أجازه، وإن شاء لم يجزه. وإلا فليس للمرتهن أن يفسخ البيع المذكور. لأن حق إمساك المرتهن المرهون وحبسه في يده وحفظه باعتبار ان المبيع غير نافذ وإلا فلا حاجة لإعطائه حقاً لفسخ البيع. معنى (ينعقد موقوفاً): أن ذلك البيع لا يكون نافذاً في حق المرتهن. أنظر المادة (٤٦). سواء أكان المرتهن واقفاً على ذلك البيع أم غير واقف. أنظر المادة «٦٧» وهذه الموقوفية بالنسبة إلى المرتهن، وأما في حق الراهن فالبيع المذكور صحيح ولازم.

إثبات هذه الموقوفية على وجهين:

الوجه الأول: تعلق حق المرتهن. وكون المبيع ملك الراهن لا يمنع موقوفية البيع. ألا يرى أنه إذا باع رجل في مرض موته مالاً لوارثه أو أوصى لأجنبي زيادة عن ثلث ماله تبقى تصرفاته هذه موقوفة.

الوجه الثاني: لا قدرة للراهن على أن يسلم المرهون إلى المشتري. لأن يد المرتهن مانعة للتسليم. والبيع كما أنه مفتقر إلى الملك فهو مفتقر أيضاً إلى القدرة للتسليم (الزيلعي وتكملة البحر). كما ان بيع غير مقدور التسليم لا يجوز حسب ما ورد في المادة (٢٠٩).

فبناء على ذلك لا يطرأ خلل على حق المرتهن في البيع المذكور. حتى انه إذا باع الراهن الرهن بدون رضى المرتهن وأخذه من الراهن خلسة وبلا إذنه وسلمه للمشتري فالمرتهن مخير: إن شاء أجاز البيع بموجب الفقرة الرابعة من هذه المادة ونفذه وأخذ ثمنه رهناً وإن شاء استرده من المشتري وحفظه كالأول رهناً.

وإذا هلكت في يد المشتري فإن شاء المرتهن ضمنه للراهن وإن شاء ضمنه للمشتري راجع المادتين ١٦٣٥ و (٧٤١) (الأنقروي).

وإذا باع الراهن الرهن إلى المرتهن بعد أن باعه إلى الأجنبي بدون إذن يكون البيع الأول منفسخاً. بيد أنه إذا قضى الدين وبتعبير أهم وأشمل إذا سقط حق حبس المرتهن في المرهون يصير ذلك البيع نافذاً. أنظر المادة (٢٤).

وكما تشير إليه شرحاً عبارة (إذا قضى الدين) مذكورة على سبيل التمثيل. والمقصد سقوط حق المرتهن عن الرهن وهذا السقوط يكون كما بسط أعلاه أولاً بإيفاء الدين ثانياً بابراء الإسقاط ثالثاً بهبة المرتهن الدين للراهن. أنظر شرح المادة (٧٢٩).

جاء (بدون رضا المرتهن). لأنه إذا باع الراهن الرهن بإذن ورضي المرتهن ابتداء يكون البيع نافذاً وثمنه مرهوناً مقامه.

تعيين المرتهن المشتري معتبر. حتى إنه إذا أمر المرتهن الراهن بقوله بع المرهون لفلان وباعه الراهن لغيره لا يجوز. وأما إذا أمر المؤجر ببيع المأجور لفلان مثلاً وباعه المؤجر لغيره جاز.
لأنه بالنظر لكون بدل المبيع سيصير مرهوناً في المسألة الأولى وحيث انه تختلف ذمم الناس فمن هذه الجهة يكون التخصيص ذا فائدة. وأما في الصورة الثانية حيث ان بدل المبيع لا يقوم مقام المأجور

فلا فائدة في التخصيص.

وإذا أجاز المرتهن ذلك البيع أي بيع الراهن الواقع بدون رضا المرتهن كان البيع نافذاً ولزم الراهن تسليم الرهن للمشتري فيخرج الرهن إذ ذاك من الرهينة ويبقى الدين على حاله وصار البيع المذكور نافذاً لأنه بزوال المانع الذي هو تعلق حق المرتهن وعدم اقتدار الراهن للتسليم يعود الممنوع. أنظر المادة (٢٤) (الزيلعي ورد المحتار).

بقي الدين على حاله. لأن إجازة المرتهن لبيع الرهن ليست من الأسباب التي توجب سقوط الدين. وكما أن الدين يبقى على حاله عند إجازة البيع واجازة المرتهن تصرفات الراهن كإقراره ان المرهون للغير والصدقة والهبة لا توجب أيضاً سقوط الدين. بل يبقى على حاله. (الهندية).

وإذا أجاز المرتهن بيع الراهن يصير ثمن المبيع رهناً مقام المبيع. سواء أكان ذلك الثمن مقبوضاً أم باقياً في ذمة المشتري. وإن الثمن المذكور يكون رهناً في كلا الصورتين ان اشترط عند الإجازة أن يكون الثمن مرهوناً مقام المبيع أو لم يشترط وهذا هو الصحيح.

لأن الثمن المذكور بدل المال الذي تعلق به حق المرتهن وللمبدل حكم البدل. وبناء عليه وجب انتقال حق المرتهن إلى البدل. لأن الرضا بالبيع لا يستلزم الرضا بسقوط الحق بالكلية (تكملة البحر).

سؤال: ثمن المبيع قبل القبض دين وحيث إن الدين معدوم فلا يجوز رهنه.
الجواب: وإن كان رهن الدين غير جائز ابتداء فالرهن في هذا بقاء ولذلك جاز. أنظر المادة (٥٥) (رد المحتار) ويتفرع على رهن الدين قبل القبض وبعده مسألتان:
مسألة ١: إذا لم يمكن استيفاء ثمن المبيع لوفاة المشتري مفلساً وهو في ذمته يكون مضموناً على المرتهن ويسقط الدين.
مسألة ٢: إذا هلك ثمن المبيع في يد المرتهن بعد قبضه يكون بموجب لاحقة شرح المادة (٧٤١) مضموناً على المرتهن ويسقط قدره من الدين.

اختلاف الفقهاء في لزوم اشتراط رهنية ثمن المبيع وعدمه ـ فذهب بعض العلماء إلى أن ثمن المبيع يكون رهناً إن اشترط ذلك وقت الإجازة أو لم يشترط وذكر سببه آنفاً وصرح أن هذا هو الصحيح ويدل إطلاق المجلة على ان هذا القول هو الذي وقع عليه الاختيار. أنظر المادة (٦٤). وذهب بعضهم إلى أنه إن لم تشترط رهنية الثمن مقام المبيع لا يكون الثمن المذكور رهناً فإذا ندم المرتهن بعد أن يكون أجاز البيع لا تجدي تلك الندامة نفعاً. لأنه بإجازته هذه سقط حقه في عدم الإجازة. أنظر المادة (٢٤).

لا يكون بدل الإيجار مرهوناً بلا شرط. فلو آجر الراهن المرهون بلا إذن المرتهن فيكون هذا **موقوفاً** على إجازة المرتهن كما سيوضح ولكن إذا أجاز المرتهن لا تكون الأجرة مرهونة ما لم يشترط ذلك.

والفرق بين ثمن المبيع وبدل الإيجار هو أن الأجرة ليست بدل حق المرتهن. لأن حق المرتهن في العين. وحيث ان الأجرة هي بدل المنفعة لا ينتقل حق المرتهن إلى المنفعة. وإذا آجر المرتهن من أجنبي بلا

إجازة الراهن فالغلة للمرتهن ويتصدق بها عند الإمام وعند الإمام محمد هو كالغاصب يتصدق بالغلة أو يردها على المالك وإن آجر بأمر الراهن بطل الرهن والاجرة للراهن (الأنقروي).

كما لو باع المؤجر المأجور وأجاز المستأجر البيع لا ينتقل حق المستأجر إلى البدل. لأن بدل المبيع بدل العين المبيعة. وأما حق المستأجر في المنفعة (الزيلعي).

مثلاً لو بادل المؤجر الدكان المأجورة بحانوت في جوارها فإن أجاز المستأجر بيع المقايضة هذا فليس له الإدعاء بأن حقه في الدكان انتقل إلى الحانوت ولا طلب إكمال مدته الباقية من الإجارة فيها.

وإذا لم يجز المرتهن البيع المذكور لا ينفسخ بفسخ المرتهن. لأن عدم نفاذ البيع ناشيء عن حق حبس المرتهن. وعد البيع موقوفاً لا يصرف حق المرتهن. يعني أنه بهذا القدر يكون حفظ حق المرتهن (رد المحتار). وبتعبير آخر انعقاد البيع وبقاؤه موقوفاً لا يضر المرتهن. لأن حق حبس المرتهن لا يبطل بانعقاد البيع بلا نفاذ.

إنما المشتري مخير سواء أكان عالماً برهن المال أم غير عالم إن شاء تربص لحين فك الرهن.

سؤال ـ بحكم المادة(٢٠٩) من المجلة بيع ما كان غير مقدور التسليم غير صحيح. كما ذكر في أوائل شرح هذه المادة. وعليه فمن اللازم أن لا يكون هذا البيع صحيحاً.

الجواب ـ كون المبيع غير مقدور التسليم هنا يعني عجز الراهن البايع عن تسليم المرهون إلى المشتري هو على شرف الزوال (أبو السعود).

وإن شاء راجع الحاكم وفسخه بمعرفته بعجز الراهن عن تسليم المبيع له. فإذن فسخ هذا البيع عائد للحاكم. وإلا فلا المرتهن ولا الراهن له أن يفسخه مستقلاً. لأن هذا الفسخ لأجل قطع المنازعة وقطع النزاع عائد للحاكم (رد المحتار).

بيع الرهن مكرراً ـ ما ذكر في المجلة هو مسألة بيع الرهن مرة واحدة ومسألة بيعه مكرراً توضح على الوجه الآتي: مثلاً لو باع الراهن الرهن لشخص بدون رضا المرتهن وقبل الإجازة باعه لشخص آخر فكما أن البيع الأول يكون موقوفاً على إجازة المرتهن يكون البيع الثاني موقوفاً عليها أيضاً وأي البيعين أجاز المرتهن هو الصحيح ويكون الآخر باطلاً مثلاً لو أجاز المرتهن البيع الأول كان ذلك البيع نافذاً والثاني منفسخاً وبالعكس إذا أجاز الثاني كان نافذاً وأصبح الأول منفسخاً وسبب اختيار المرتهن هو: حيث ان ثمن المبيع بعد الإجازة سيكون رهناً بدلاً عن المرهون فمن وجده المرتهن أميناً من المشتريين أي بيع ظهر له أنفع جعله مختاراً بترجيحه وإذا قيل إن كان المشتري في البيع الأول أميناً والثمن زائداً أو إن الثمن في البيع الأول تعين وأحضر كي يعطي للمرتهن رهناً فلا يبقى السبب الذي ذكر آنفاً لأجل اختيار المرتهن فيجاب على ذلك بأن الحكم يعني السبب يستقصى عنه في أجناسه وليس في المسائل الخصوصية. راجع شرح المادة (١٨٩) (الشارح).

وأما إذا باع الراهن الرهن بلا إذن المرتهن من شخص آخر ثم قبل الإجازة ووهبه وسلمه أو رهنه وسلمه أو آجره لرجل ثان فإن أجاز المرتهن ذلك الرهن وتلك الهبة والإجارة كان البيع نافذاً وبطلت الهبة

والرهن والإجارة (الأنقروي). لأن في إجازة البيع فائدة للمرتهن. من جهة أن الثمن المبيع يقوم مقام المرهون. وأما إجازة التصرفات الأخرى فلا فائدة للمرتهن منها (رد المحتار).

ونظراً لأن المرتهن غير ممنوع من اختيار ما يضره وترك ما يفيده ولا يثبت المدعى بهذا الدليل. سيما إذا صرح المرتهن بأنه ترك حقه من أن يكون المرهون أو بدله رهناً وأفاد أنه أجاز الهبة والرهن والإجارة. فلا يكون البيع باطلاً والهبة وغيرها صحيحة (الشارح).

هذه المسألة تحدث عند اجتماع البيع والهبة مثلاً وأما إذا وهب المال المرهون لآخر وسلمه اياه وأجاز المرتهن فباهبة والتسليم ينفسخ الرهن وتكون الهبة صحيحة. كما سنوضحه قريباً. حيث انه يوجد تفصيلات بخصوص بيع الرهن في المبحث الثاني من لاحقة شرح المادة (٣٥٥) فلتراجع.

إختلاف في مقدرة المرتهن على فسخ البيع واختيار المشتري ـ نظراً لوجود نقطتي اختلاف في هذه المادة فإليك بيان الاختلافات المذكورة والقول الذي وقع الاختيار عليه في المجلة:

الاختلاف الأول ـ إذا باع الراهن الرهن بدون رضا المرتهن وفسخ المرتهن هذا البيع عند اطلاعه عليه ففي رواية ـ (وهي الأصح) ـ لا ينفسخ البيع بذلك. لأنه حيث إن حق المرتهن هو في حبس الرهن فإيقاف البيع يكفي لذلك (أبو السعود). حتى انه إذا أوفى الراهن دينه بعد أن يكون فسخ المرتهن البيع لزم تسليم الرهن المبيع إلى المشتري. لأن البيع المذكور منعقد صحيحاً ولازماً بالنسبة إلى الراهن والتأخير نظراً للمرتهن فقط. (أنظر المادة ١٠٠). (أبو السعود).

وفي رواية أخرى ينفسخ البيع بفسخ المرتهن. لأن الحق الثابت للمرتهن هو بمنزلة الملك وصار المرتهن كالمالك (الزيلعي). حتى انه نظراً لهذه الرواية إذا أوفى الراهن دينه بعد الفسخ لا يلزم تسليم الرهن المبيع للمشتري.

إذاً من قول المجلة (راجع الحاكم) يفهم أن القول الأول هو الذي وقع الاختيار عليه. لأنه في الرواية الثانية لا حاجة لمراجعة الحاكم لأجل الفسخ.

الاختلاف الثاني ـ إذا اشترى رجل المال المرهون فإن لم يجز المرتهن البيع فكما صرح في المجلة لذلك الرجل الحق أن يراجع الحاكم ويفسخ البيع بمعرفته ولكن عند الإمام أبي يوسف يثبت ذلك الاختيار في الصورة التي يكون فيها المشتري غير عالم برهنيته أثناء الشراء وأما اذا علم عندما اشتراه أنه مرهون فلا يبقى له حق الاختيار لأن الإمام المشار إليه اعتبر ظهور المبيع مرهوناً أو مأجوراً عيباً فحينما يشتري الواحد مالاً مع علمه بعيبه فكما أنه ليس له خيار العيب فلاخيار عيب في هذا أيضاً (أبو السعود).

وعند الإمام الأعظم والإمام محمد إذا لم يجز المرتهن البيع سواء أخذه المشتري عالماً برهنيته أو غير عالم فهو مخير على الوجه المذكور وجعل الامامان المشار إليهما كون المبيع مرهوناً أو مأجوراً بمنزلة الاستحقاق فلو ضبط المبيع من يد المشتري بعد أن اشتراه وهو مطلع على الاستحقاق أي على أنه

مال غير البايع فكما ان حق رجوعه على البايع بثمن المبيع باق ففي هذا أيضاً حق فسخه باق (أبو السعود).

ولذكر المجلة المسألة مطلقة بقولها (المشتري مخير) يعني لعدم تقييدها بقيد (إذا اشتراه وهو غير عالم بأنه مرهون مثلاً يفهم أنه قد اختير مذهب الامامين المشار إليهما وفي الواقع أن ظاهر الرواية أيضاً وارد على قولهما. (أنظر المادة ٦٤).

إيجار المرهون وهبته والتصدق به ووقفه والإقرار به لآخر - قوله (إذا باع) في هذه المادة ليس قيداً احترازياً. فالحكم في الإيجار والهبة والصدقة مع التسليم والإقرار لآخر وفي الوقف أيضاً على المنوال الذي سبق ذكره. فلو آجر الراهن الرهن بدون رضا المرتهن لآخر ووهبه وسلمه اياه أو تصدق به عليه وسلمه اياه أو أقر بالرهن المذكور لآخر فجميع هذه التصرفات لا تنفذ في حق المرتهن ولا تورث خللاً في حق حبسه. أنظر المادة (٦٤). (الأنقروي).

بيد أنه إذا فك الرهن باداء الدين فتصرفات الراهن المذكورة تكون نافذة إذا أجازهما المرتهن وفي هذه المسائل أي الإيجار وغيره عند لحوق إجازة المرتهن يخرج المرهون من الرهنية ويبقى الدين على حاله (الواقعات) ومثلاً في مسألة الإجارة لا يكون بدل الإجارة مرهوناً محل المأجور كما ذكر آنفاً. لأن بدل الإجارة في مقابلة المنفعة والحال ان حق المرتهن في مالية المرهون وليس في منفعته. فمن هذه الجهة إجازة المرتهن الإجازة تكون إسقاطاً لحقه (رد المحتار).

وقف المرهون: إذا وقف الرهن مالاً بعد أن رهنه وسلمه لا ينتقض عقد الرهن بسبب هذا الوقف.

وفي هذا التقدير ينظر: أما أن يكون الراهن حياً، وفي هذه الحالة إن كان موسراً فيكون الوقف صحيحاً ويجبر الحاكم الرهن على وفاء الدين من أمواله الأخر. وإن كان الراهن معسراً فلا يصح الوقف أو يكون متوفياً. وفي تلك الحالة إن كان للواقف أموال أخرى كافية لوفاء دينه فيوفي دينه للمرتهن من تلك الأموال ويبقى المال المذكور على الوقفية. وإن لم يكن للواقف أموال أخرى فيباع المال الموقوف ويوفى دين المرتهن من ثمنه.

الإقرار - إذا أقر الراهن بأن المرهون ملك الشخص الفلاني لا يصدق بحق المرتهن ولا ينزع المرهون المذكور من يد المرتهن بمجرد هذا الإقرار دون أن تقام البينة من قبل المقر له على ان المرهون ملكه، راجع المادة (٧٨). بل يواخذ المقر نفسه فيؤمر باداء الدين ورد المرهون للمقر له. ولكن إذا كان الدين مؤجلاً فهل يؤمر الراهن بادائه حالاً على الوجه السابق هذا هو الظاهر أو يجب الانتظار إلى أن يحل أجل الدين: فتلك مسألة جديرة بالتدقيق.

﴿المادة ٧٤٨﴾ لكل من الراهن والمرتهن أن يعيد الرهن بإذن رفيقه إلى شخص آخر ولكل منهما أن يعيده إلى الرهنية بعده.

تشتمل هذه المادة على حكمين:

الحكم الأول ـ للراهن بإذن المرتهن أن يعير الرهن إلى شخص آخر. لأن عدم نفاذ تصرف الراهن في المرهون الذي هو ملكه بسبب حق المرتهن فعندما يرضى المرتهن يصير تصرفه صحيحاً. (أنظر المادة ٢٤).

الحكم الثاني ـ للمرتهن بإذن الراهن أن يعير الرهن إلى شخص آخر ويكون المرتهن في هذه الإعارة وكيلا من قبل الراهن. (أنظر المادتين ١٤٥٩ و ١٤٦٠).

حكم إعارة الرهن والحيلة في إسقاط الضمان في الرهن، متى وقع قبض المستعير للإعارة بموجب هذه المادة يخرج الرهن من ضمان المرتهن ـ ليس من الرهينة ـ لأن الضمان باعتبار قبض المرتهن والقبض قد انتقض (أبو السعود). فبناء عليه إذا هلك الرهن المذكور في يد المستعير فلا يسقط من الدين شيء بموجب لاحقة شرح المادة (٧٤١). فمن هذه الجهة يصح اعتبار إعارة الرهن حيلة لعدم سقوط الدين بهلاك الرهن.

قيد (آخر) لأجل الاحتراز من إعارة المرتهن الرهن إلى الراهن. لأن الحكم في هذه الصورة وإن كان مثل حكم هذه المادة وسيأتي بيانه في المادة الآتية على حدة.

وحيث ان الرهنية باقية بعد هذه الإعارة فلكل من الراهن والمرتهن أو لكليهما بالاتفاق أن يعيده إلى الرهنيّة من دون عقد جديد أيضاً:

وبينما كان رهن الرهن للآخر يبطل عقد الرهن الأول فإعارته لا تبطل لان الإعارة ليست عقداً لازماً ولا تبطل الرهن.

مسألة متفرعة على بقاء الرهن بعد الإعارة. حيث ان عقد الرهن يبقى بعد الإعارة فإذا توفي الراهن أو المرهون في يد المستعير يكون المرتهن أحق من سائر الغرماء حسب المادة (٧٢٩). ولم تذكر هذه الاحقية هنا مع انها ذكرت في المادة (٧٤٩).

لفظ الإعارة ليس للاحتراز من الإبداع. فبناءً عليه للمرتهن أن يودع الرهن عند شخص آخر بإذن الراهن. ولا يطرأ خلل على مضمونية الرهن أيضاً بهذا الإيداع. حتى إذا هلك الرهن المذكور في يد المستودع يسقط الدين وفقاً لما جاء في لاحقة شرح المادة (٧٤١) يعني أنه بإيداع الرهن عند آخر لا يكون خرج من ضمان المرتهن (الخانية). ويحصل من ذلك فرق بين الإعارة والإيداع ويستفاد هذا الحكم من المادة (٧٥٣) كما لو قال الراهن للمرتهن (اعط الرهن الدلال لبيعه وخذ حقك) وفعل المرتهن ثم هلك الرهن في يدالدلال فلا يضمنه المرتهن وأما لفظ الإعارة فهو احتراز من إيجار المرهون وهبته لآخر. لأنه كما وضح في شرح المادة السابقة إذا باع الراهن أو المرتهن المرهون بإذن الثاني من آخر أو آجره أو وهبه وسلمه اياه يخرج الرهن من الرهنية ولا يعود إليها إلا بعقد جديد.

فبناءً عليه إذا آجر الراهن المرهون لآخر بإذن المرتهن وتوفي الراهن يصير المرتهن أحق من سائر غرماء المتوفي وإذا هلك المرهون في يدالمستأجر بعد الإستئجار لا يسقط مطلوب المرتهن (بإذنه) لأنه كما ان المرهون كالوديعة لا يعار بلا إذن الثاني فلا يؤجر ولا يودع أيضاً. راجع المواد (٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢).

حتى إنه إذا أعار المرتهن المرهون لآخر بلا إذن الراهن وهلك في يد المستعير يضمن كل قيمته بضمان الغصب.

وأما بالعكس فإذا أعار الراهن المرهون بلا إذن المرتهن إلى شخص آخر وسلمه اياه خلسة يسقط الضمان من المرتهن. لأن ضمان المرتهن باعتبار قبضه وهذا القبض قد انتقض بإعارة الراهن وتسليمه (أبو السعود).

﴿المادة ٧٤٩﴾ للمرتهن أن يعير الرهن للراهن. وفي هذه الصورة إذا توفي الراهن يصير المرتهن أحق من سائر غرماء الراهن في الرهن.

للمرتهن أن يعير ويودع الرهن للراهن. ولكن إذا آجره تكون الإجار باطلة. ولا ينتقض الرهن بهذه الإعارة والإيداع والإجارة: مثلاً للمرتهن أن يعطي إذناً للراهن بزراعة الأرض المرهونة وللراهن زرعها.

كذلك يعطي المرتهن إذناً للراهن كي يسكن في الدار المرهونة وله أن يسكنها ولا يبطل عقد الرهن بهذه المعاملة.

ولكن إذا قبض الراهن الرهن المذكور يسقط ضمان الرهن من المرتهن (الخانية). لأن ضمان المرتهن قائم باعتبار أنه قابض للمرهون والقبض حيث انه انتقض برد المرهون للراهن فيصير الضمان أيضاً مرتفعاً (تكملة البحر والأنقروي).

حيلة في عدم إسقاط الدين بهلاك الرهن لأجل عدم سقوط الدين بهلاك المرهون وفقاً للاحقة شرح المادة (٧٤١) يجب بموجب هذه المادة إعارة الرهن إلى الراهن. وحيث ان هذه الإعارة لا تخل في الرهن كما ذكر آنفاً فللمرتهن أن يسترد الرهن من الراهن. ومتى عاد قبض المرتهن على هذه الصورة يعود الضمان أيضاً.

إستعارة الوصي وغصبه المرهون:

إذا رهن الصبي مال اليتيم لأجل دين اليتيم وسلمه ثم استعاره من المرتهن وهلك في يده ينظر. فإن كان استعاره لأجل أمور الوصي وهلك في يد الوصي يبطل الرهن ويهلك من مال الصبي. ويستوفي المرتهن مطلوبه على حدة من مال الصبي. وإن كان الوصي استعاره لأجل أمور نفسه يضمن الوصي ذلك المال للصبي. وإذا اغتصب الوصي الرهن المذكور من المرتهن واستعمله وهلك في يده ينظر: فإن كان استعمله في أمور الصبي فبعد أن يضمنه للمرتهن يرجع على الصبي ببدل الضمان. وإن كان استعمله الوصي في أمور نفسه يضمن الوصي قيمة الرهن من ماله. وكما فصل في لاحقة شرح المادة (٧٤١) يوفي الدين من تلك القيمة فإن كانا متساويين فيها. وإن بقى فضل يكون لليتيم. وإن نقصت يكمل النقص من مال اليتيم (الهندية)

وفي تعبير (إعارة) الوارد في هذه المادة مساحة. لأنه على ما يستفاد من المادتين (٧٦٥ و ٧٦٦) إن

الإعارة هي عبارة عن التمليك بغير عوض. والحال أنه كما هو مذكور في المادة الآتية حيث إن المرتهن ليس مالكاً لمنفعة الرهن فليس له أن يملكها للراهن. فمن هذه الجهة يكون انتفاع الراهن بطريق الملك لا بطريق العارية.

وبينما كان الراهن ممنوعاً عن الانتفاع بالمرهون بسبب حق المرتهن فإذا رضي المرتهن يزول مانع الانتفاع.

ولكن نظراً لأن المرتهن حائز على حق استرداد الرهن من الراهن المستعير متى شاء مع عدم ضمانه في هذه الإعارة أطلق إعارة من هذه المعاملة.

وفي هذه الصورة أي بتقدير إعارة الرهن للراهن حيث ان الرهنية باقية ،فعند وفاة الراهن يكون المرتهن أحق من سائر دائني الراهن في الرهن. ولو كان المرهون باقياً في يد الراهن بحكم العارية. لأن العارية ليست بعقد لازم.

والمرتهن كما أنه مقتدر على استرداد المرهون في حال حياة الراهن فيكون مقتدراً عليه بعد وفاته أيضاً. (شرح المجمع والخانية).

سؤال: إذا أعير المرهون إلى الراهن كما أوضح في شرح الفقرة السابعة يسقط ضمان الرهن من المرتهن ولما لم يبق ضمان لزم أن لا تبقى الرهنية أيضاً.

الجواب: عدم ضمان المرهون على الراهن لا ينافي الرهنية لأن الضمان ليس من لوازم الرهن غير المنفكة إذ يمكن انفكاك الضمان عن الرهن. ألا يرى ان ولد الحيوان المرهون مرهون أيضاً. مع ان هذا الولد غير مضمون عند هلاكه يعني يهلك مجاناً (تكملة البحر).

واحترز بلفظ (الإعارة للراهن) من الإجارة إذ ليس للمرتهن إيجار الرهن للراهن. وإن فعل بطلت الإجارة ولا تلزم اجرة على الراهن للمرتهن. حتى انه إذا أخذ المرتهن بدل إيجار من الراهن تحسب هذه الأجرة من مطلوب المرتهن الذي بذمة الراهن. أنظر شرح المادة (٥٣٣) (البهجة). فقط إذا آجر المرتهن الرهن للراهن فهذه الإجارة تكون بمنزلة إعارة أو إيداع الرهن للراهن وللمرتهن أن يسترده من الراهن متى شاء. وما زال في قبض الراهن يسقط الضمان من المرتهن.

وللمرتهن أن يودع الرهن للراهن، حيث إن هذا الإيداع لا يبطل عقد الرهن وله أن يسترد المرهون متى شاء (الخانية).

إحترز بقوله (يعير الراهن) من الإيداع لشخص آخر. لأنه ولو كان للمرتهن إيداع الرهن لشخص آخر بأمر الراهن فلا يجري في هذا الحكم الجاري في الإعارة للراهن بل يكون بقاء الرهن في يد المستودع في حكم بقائه في يد المرتهن فإذا هلك في يد المستودع يسقط الدين وفقاً لما جاء في لاحقة شرح المادة (٧٤١) وكما سيذكر في شرح المادة (٧٥٣).

فائدة: القيمة المعتبرة في الرهن هي القيمة وقت قبض الرهن. وليست القيمة وقت استرداد

الرهن بعد إعارته للراهن (البزازية). مع ان الأمر بالعكس في الغصب. يعني إذا اغتصب الغاصب مالاً وأمسكه بعد ذلك مدة في يده ثم رده سالماً للمغصوب منه واغتصب أخيراً وثانية من طرف الغاصب المرقوم فالقيمة وقت هذا الغصب الثاني هي المعتبرة (شرح المجمع).

مثلاً لو رهن شخص مقابل ألف قرش ماله البالغة قيمته ألف قرش لآخر في محرم وسلمه اياه وبعد أن أعار المرتهن الرهن المذكور للراهن في صفر استرده، قبضه في ربيع الأول حيث كانت قيمته تنزلت إلى خمسماية قرش وبعد ذلك هلك الرهن المذكور في يد المرتهن فيسقط دين بألف قرش بموجب التفصيلات الواردة في لاحقة شرح المادة (٧٤١). ولا يسقط خمسماية قرش فقط (البزازية)..

الفصل الثالث

في بيان أحكام الرهن في يد العدل

﴿المادة ٧٥٢﴾ يد العدل كيد المرتهن يعني إذا اتفق الراهن والمرتهن على أن يودعا الرهن عند الشخص الذي ائتمناه ورضي هو وقبضه يصير الرهن تاماً ولازماً ويقوم ذلك الشخص مقام المرتهن.

في يد العدل اعتباران فهي باعتبار تقوم مقام يد المرتهن وباعتبار آخر مقام يد الراهن.

الاعتبار الأول: يد العدل كيد المرتهن، من جهة أنه كما يقوم قبض العدل مقام قبض المرتهن فإذا هلك الرهن في يد العدل فكأنه هلك في يد المرتهن فيسقط الدين. يعني أن الراهن والمرتهن إذا اتفقا لدى عقد الرهن على إيداع الرهن لشخص عاقل ائتمناه ورضي ذلك الشخص وقبض الرهن يكون الرهن تاماً ولازماً وإذا هلك المرهون في يد العدل يسقط الدين وفقاً لما جاء في لاحقة شرح المادة (٧٤١).

الاعتبار الثاني: يد العدل كيد الراهن، من جهة أن حفظ العدل يقوم مقام حفظ الراهن أي أن يد العدل في الحفظ قائمة مقام يد الراهن. ويقوم ذلك الشخص مقام المرتهن في حق مالية المرهون ومقام الراهن في حق حفظ الرهن. وتكون عدت اليد الواحدة في حكم اليدين. (شرح المجمع). للعدل أن يعطي المرهون لأجل حفظه إلى أمينه الذي يتصرف في ماله كزوجته وولده وأجيره الموجودين في عياله (الخانية).

معنى قيام العدل مقام المرتهن في المالية: إذا هلك الرهن في يد العدل أو يد أمينه كزوجته وولده وخادمه يكون في حكم أنه هلك في يد المرتهن وتجري الأحكام المندرجة في لاحقة شرح المادة (٧٤١).

ثمرة قيام العدل مقام الراهن في حق الحفظ: حيث أن يد العدل كيد الراهن في الحفظ فإذا ظهر مستحق للمرهون بعد هلاكه في يد العدل فالمستحق مخير: إن شاء ضمنه للراهن لكونه غاصباً وإن شاء ضمنه للعدل بصفته غاصب الغاصب. راجع المادة (٩١٠). وليس له أن يضمنها للمرتهن. لأن هذا الضمان ضمان الغصب. وضمان الغصب يتحقق والتحويل. وسيأتي إيضاح ذلك في شرح المادة (٨٨١). والنقل والتحويل المذكوران صدرا من العدل وليس من المرتهن (أبو السعود).

وإذا ضمن المستحق العدل يرجع هذا على الراهن بالشيء الذي ضمنه. راجع شرح المادة (٦٥٨) وليس له الرجوع على المرتهن (أبو السعود).

كما أنه إذا هلك المرهون في يد المرتهن ثم ضبط بالإستحقاق وضمنه المستحق للمرتهن يرجع هذا على الراهن بالشيء الذي ضمنه على ما أوضح في شرح المادة (٧٠١) .

ولا يفهم من ذكر لفظ عدل بصيغة المفرد أنه يجب أن يكون العدل واحداً. لأن العدل كما أنه يكون واحداً يمكن أن يكون متعدداً، ويجري حكم المادة (٨٧٣) في هذا التقدير. إذ أنه إذا تعدد العدل وكان المرهون غير قابل القسمة يحفظه واحد منهم بإذن الآخر. وفي هذه الحالة إذا هلك المرهون في يده بلا تعد ولا تقصير أو ضاع لا يلزم أحداً ضمان الغصب. راجع المادة (٩١). وإن كان قابلاً للقسمة يقسمه العدول بينهم على السواء ويحفظ كل منهم حصته. وإذا أعطى أحدهم حصته لآخر بلا إذن وهلكت أو ضاعت بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان على الآخذ. وأما المعطي فإنه يضمن حصته (أنظر المادة ٧٨٣). (الهندية).

وليس من الأمر اللازم أن يكون العدل وكل من طرف الراهن ببيع الرهن. سواء أكان مسلطاً على البيع أم لم يكن فالحكم واحد والإصلاحية للعدل المرقوم أن يبيع الرهن ما لم يكن وكيلاً بذلك وفقاً لما جاء في المادة (٧٦٠). (أنظر المادة ٩٧).

ولا يحق للمرتهن ولا للعدل أن يتصرف في الرهن سوى الإمساك إذا لم يكن مسلطاً على البيع فلا يبيع ولا يؤجر ولا يستخدم (الخانية).

(وقبضه) لأنه لا حكم للراهن ما لم يقبضه العدل، لأنه كما جاء في المادة (٧٠٦) أن الرهن موقوف على القبض. حتى إنه إذا وكل الراهن العدل ببيع الرهن عند حلول أجل الدين وحل قبل أن يقبضه العدل يبطل الرهن وتبقى الوكالة بالبيع (الخانية). وفي هذه الحال متى باع الوكيل الرهن أعطى ثمنه وسلمه إلى الراهن وليس للمرتهن.

ولا يطرأ خلل على صفة العدل بوفاة الراهن أو المرتهن أو وفاتهما بل يمسك العدل الرهن ويحبسه كالأول.

لاحقة: إيداع المبيع ليد العدل

إذا باع البايع مالاً واتفق على أن يبقى المبيع في يد العدل لبينهما يقبض الثمن ووضع في يده جاز ذلك وقامت يده مقام يد البايع. حتى إذا هلك المبيع في يد العدل ينفسخ البيع ويسقط الثمن. (الخانية).

﴿المادة ٧٥٣﴾ إذا اشترط حين العقد أن يقبض المرتهن الرهن ثم وضعه الراهن والمرتهن بالإتفاق في يد العدل جاز ذلك.

يجوز إيداع الرهن إلى العدل برضى الطرفين بعد عقد الرهن وقبض المرهون من قبل المرتهن، يعني أنه شرط في العقد قبض المرتهن الرهن أي المرهون وبتعبير آخر إذا عقد الرهن بين الراهن والمرتهن وتم يقبض المرتهن بإذن الراهن صراحة أو دلالة ووضعاه بالإتفاق في يد عدل جاز ذلك.

وإذا هلك المرهون بعد ذلك في يد العدل المرقوم يكون كأنه هلك في يد المرتهن فيسقط الدين على الوجه المحرر في لاحقة شرح المادة «٧٤١».

لأنه على ما ذكر في المادة السابقة كما أنه يجوز أن يقوم العدل مقام المرتهن ابتداء يجوز بقاؤه أيضاً بموجب هذه المادة.

شرط اتفاق الطرفين في هذا الوضع. لأنه نظراً لكون الرهن ملك الراهن فكما أنه ليس للمرتهن أن يضعه في يد الآخر ويتصرف فيه تصرفاً منع عنه وفقاً لأحكام المادة (٩٦) وحيث ان الأيدي تختلف في الحفظ والأمانة فلا يعد الراهن برضاه بحفظ المرتهن راضياً بحفظ العدل.

ولذلك اشترطت موافقة الراهن في هـذا الوضـع. وبحكم المادة «٧٢٩» حيث ان حق حفظ وحبس وإمساك المرتهن المرهون لحين استيفاء الدين ثابت فليس للراهن أن يخل بهذا الحق راجع المادة «٤٦». فبناءً عليه موافقة المرتهن لهذا الوضع اشترطت أيضاً.

والفرق بين هذه المادة والمادة الآنفة: إن وقوع مقاولة إيداع الرهن للعدل في المادة السابقة كان أثناء العقد وفي هذه المادة كان بعد عقد الرهن وبعد قبض المرتهن فتفترق المادتان عن بعضهما في هذه الجهة ولا يستغنى بإحداهما عن الأخرى «الهندية والبزازية».

﴿المادة ٧٥٤﴾ ليس للعدل أن يعطي الرهن إلى الراهن أو المرتهن بـلا إذن الآخر حالة كون الدين باقياً وإن فعل له أن يسترده وإذا هلك الرهن قبل الاسترداد يضمن العدل قيمته.

يعني أنه ليس للعدل والدين باق كثيراً أو قليلاً أن يعطي الرهن إلى المرتهن بلا إذن الراهن أو إلى الراهن بلا إذن المرتهن. لأن حق الراهن والمرتهن كليهما تعلق بالرهن. ولفظ عدل هنا مذكور بصورة مطلقة وهو شامل للعدل المذكور في المادة (٧٥٢) والعدل المذكور في المادة (٧٥٣) ولذلك حكم هذه المادة يجري في كلا العدلين.

وكما إن حق الراهن تعلق بسبب يد العدل وأمانته بحفظ المرهون فتعلق حق المرتهن أيضاً باستيفاء حقه من المرهون ولهذا ليس لأحد أن يبطل حق الآخر (الدرر).

تعبير (ليس له أن يعطي للآخر) لأجل الاحتراز من إعطاءه أمينه. لأنه كما أشير إليه في شرح المادة السابقة له أن يعطيه أمينه (الخانية). وليس له أن يعطي المرهون وديعة لرجل أجنبي ليس بأمينه بلا ضرورة فإن فعل يكون ضامناً بضمان الغصب (الأنقروي).

وإذا أعطى العدل الرهن أحد الطرفين بلا إذن الآخر يعني إذا أعطاه الراهن بدون إذن المرتهن أو المرتهن بدون إذن الراهن مثلاً له أن يسترده ويعيده كالأول إلى يده. لأنه من الازم إعادة ما أخذ بغير حق.

وإذا هلك الرهن قبل الاسترداد يعني قبل أن يعاد إلى العدل في يد الراهن أو المرتهن يضمن العدل قيمته إن كان من القيميات ومثله إن كان من المثليات. لأن العدل كما انه مستودع الراهن في حق عين المرهون فهو مستودع المرتهن أيضاً من جهة مالية المرهون وبهذا الاعتبار حيث إن كلا من الراهن والمرتهن أجنبي عن الآخر فليس للمستودع بحكم المادة (٧٩٠) أن يودع الوديعة إلى أجنبي (الهداية).

ثم أنه أعطى العدل الرهن المرتهن يكون قد أعطى ملك الغير آخر بلا إذن وهذا كما أنه بحكم المادة (٩٦) غير جائز إذا أعطاه الراهن أيضاً يكون ابطل يد المرتهن وهذا تعد (مجمع الأنهر). أنظر المادة (٣٠).

ماذا يكون بدل الضمان؟ وفي هذه الحال يقبض الراهن والمرتهن القيمة المذكورة من العدل ويعطيانها بالتراضي العدل المرقوم أو عدلاً آخر. وإذا لم يتفقا يراجعان الحاكم والحاكم يضعها في يد عدل. والأمثل أن تقبض القيمة المذكورة من العدل المرقوم ولا تعتبر تلك القيمة موضوعة رهناً عند العدل المرقوم لأنه حيث أن القيمة المذكورة واجبة على العدل فإذا قصد إقامتها رهناً في يده قبل القبض لزم أن يكون العدل موفياً ومستوفياً للدين في آن واحد. وبالنظر لوجود المنافاة التامة بين الإيفاء والاستيفاء فلا يمكن لهاتين الصفقتين أن تجتمعا في شخص واحد (الطحطاوي والأنقروي) ولكن تجري في هذا التفصيلات الآتية.

حكم الضمان فيما لو أعطى العدل الرهن الراهن: إذا أعطى العدل الرهن الراهن وهلاكه في يده بعد أن يضمن قيمته وتودع تلك القيمة برأي الراهن والمرتهن أو برأي الحاكم عنده ثانية أو عند عدل آخر فإذا أوفى الراهن دينه للمرتهن تبقى القيمة المذكورة مالاً للعدل ويأخذها ممن وجدت في يده لأنه كما أن الراهن يكون أخذ ماله بالتسليم الأول فالمرتهن أيضاً يكون استوفى دينه. فلو صارت القيمة المذكورة في هذا التقدير ملك الراهن لوجب اجتماع البدل والمبدل منه في ملك واحد.

حكم الضمان لو أعطى العدل الرهن للمرتهن: إذا أعطى العدل الرهن للمرتهن بلا إذن وضمن قيمته يأخذ الراهن بعد اداء الدين القيمة المذكورة من العدل المرقوم أو ممن كانت في يده. وفي هذه الصورة لا يلزم اجتماع البدلين في ملك واحد. لأن عين المرهون لم تصل إلى يد الراهن وصار العدل مالكاً للمال المذكور بالضمان (رد المحتار). وفي تلك الحالة ينظر: إذا كان العدل أعطى الرهن المرتهن على أن يكون رهناً وقال له مثلاً (هذا رهنك خذه مقابل مطلوبك) يرجع العدل المرقوم أيضاً على المرتهن بقيمته المذكورة، سواء أكان هلاك الرهن في يد المرتهن باستهلاكه أم بدونه لأن هذا الإعطاء على وجه الضمان (رد المحتار).

لأنه إذا لم يعطه اياه على وجه الرهن بل على وجه العارية أو الوديعة واستهلكه المرتهن يأخذ العدل قيمته من المرتهن. (راجع المادتين ٧٨٧ و٨١٤). (الهندية والشرنبلالي). وأما إذا هلك في يد المرتهن بلا تعد ولا تقصير في صورة إن كان أعطاه اياه على سبيل العارية والوديعة فليس للعدل أن يرجع على المرتهن. لأن العدل حيث أنه مالك المرهون بالضمان استناداً لوقت التسليم فيفهم أنه

أعار أو أودع مال نفسه وبتقدير عدم تعدي وتقصير المستعير والمستودع فعدم ترتب الضمان عليهما أمر واضح (رد المحتار والأنقروي عن الزيلعي).

(بدون رضاه) لأنه إذا رضي له أن يعطي.

إستثناء - إذا اشترط حين عقد الرهن تسليم الرهن للعدل وإيداعه إليه فليس له بموجب هذه المادة أن يعطيه غيره وإذا أودع المرهون للعدل بدون سبق ذلك الشرط بعد عقد الرهن برضاء الراهن والمرتهن فللمرتهن وحده أن يأخذه من العدل بدون إذن الراهن (رد المحتار). وأما الراهن فليس له أن يأخذه بلا إذن المرتهن.

﴿المادة ٧٥٥﴾ إذا توفي العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضي الطرفين وإن لم يتفقا يضعه الحاكم في يد عدل.

لا يقوم الورثة مقام العدل عند وفاته. بل يودع الرهن بتراضي الراهن والمرتهن عند عدل غيره وكما أنه من الجائز إيداع الرهن المرتهن برضاء الطرفين يجوز إيداعه الراهن أيضاً برضاء الطرفين على ما يستفاد من المادة (٧٤٩) لأن الحق للطرفين فلهما أن يوسعاه كيف ما أرادا. ويفهم من هذه التفصيلات أن تعبير المجلة «إلى عدل آخر» ليس للاحتراز من غير الطرفين.

وإن لم يتفقا يراجعا الحاكم وهذا عند وقوع المراجعة على الأصول يضع الرهن في يد عدل «الخانية» وفي هذه الصورة للحاكم عند وقوفه على ان المرتهن معادل للعدل المتوفي في العدالة أن يضع الرهن عنده، ولو لم يرض الراهن «الهندية».

وقد ورد في بعض الروايات أنه ليس للحاكم مساغ أن يضع الرهن عند الراهن على هذه الصورة.

لا يعد العدل اللاحق حائزاً على وكالة المتوفي ببيع الرهن بمجرد قيامه مقام العدل المتوفي «الخانية» بناءً عليه إذا باع العدل اللاحق الرهن استناداً على وكالة العدل السابق لم يجز ذلك «الهندية». لأن الوكالة تبطل بوفاة الموكل حسب ما ورد في المادة «١٥٢٩» والرهن لم يوكل العدل الجديد في البيع «الخانية».

الفصل الرابع

في بيع الرهن

﴿المادة ٧٥٦﴾ ليس لأحد من الراهن والمرتهن بيع الرهن بلا إذن رفيقه.

ليس للراهن ولا للمرتهن أن يبيع الرهن بدون إذن ورضا الآخر ولا بسبب ما. لأنه بسبب وجود حق ملك الراهن في الرهن فكما ان بيع المرتهن اياه لا ينفذ بناءً على المادة «٣٦٥».

نظراً لوجود حق مالية المرتهن يعني حق حبسه وإمساكه واستيفاء مطلوبه منه فبيع الراهن وتصرفه فيه تصرفاً يبطل الحق المذكور لا يجوز أيضاً. «أنظر المادة ٤٦» «الطحطاوي».

وإذا باعه المرتهن على هذه الصورة بدون إذن الراهن فيكون هذا المبيع فضولاً. ومتى كان المرهون موجوداً عيناً في يد المشتري إن شاء الراهن أجاز البيع ويبقى الثمن مرهوناً وإن شاء فسخ البيع وعندما ينفسخ يعاد الرهن ليد المرتهن. وأما إذا أراد الراهن أن يجيز البيع بعد هلاك الرهن في يد المشتري لم يجز له ذلك. «أنظر المادة ٣٧٨» وعلى هذا التقدير يكون الراهن مخير إن شاء ضمنه المشتري وإن شاء المرتهن. «راجع المادة ٩١٠».

إذا أراد الراهن إيفاء الدين بالمرهون فليس المرتهن مجبوراً على أن يأذن للراهن ببيع المرهون واداء الدين من ثمنه. لأن حكم الرهن الحبس الدائم لحين اداء الدين (التنوير) كما مر في شرح المادة (٧٢٩).

هذه المادة مجملة وحيث إن المادتين (٧٣٦، ٧٤٧) تحتويان أيضاً على حكمها فليس لها لزوم حقيقي هنا. ويمكن القول أنها ذكرت هنا توطئة وتمهيداً للمواد الآتية.

﴿المادة ٧٥٧﴾ إذا حل وقت اداء الدين وامتنع الراهن عن ادائه يؤمر من طرف الحاكم أن يبيع الرهن ويؤدي الدين وإذا أبى يبيع الحاكم الرهن ويفي الدين.

متى حل أجل الدين المؤجل وامتنع ذو الرهن عن ادائه أو أبى عن إيفاء الدين المعجل يؤمر من طرف الحاكم ببيع الرهن وإداء الدين من ثمنه. يعني أن الحاكم يجبر الراهن على بيع الرهن واداء الدين من ثمنه. راجع المادة (٢٠) فإذا باع الراهن الرهن بناء على هذا الإجبار لا يكون هذا البيع بيع إكراه. كما سيوضح شرحاً في تعريف الإكراه. وإذا باع الراهن الرهن بناء على هذا الإجبار ولم يؤد من ثمنه الدين أو لم يبعه وأوفى الدين من مبلغ آخر فيها وفي هذه الصورة ليس للمرتهن أن يقول له (لا أقبل ان هذا المبلغ ليس ثمن الرهن بل عليك أن تبيع الرهن وتعطي من ثمنه). وأما إذا كان المرهون من جنس

الدين، فللمرتهن أن يأخذ مطلوبه منه. مثلاً لو أخذ رجل مقابل دين نصفه مؤجل لستة أشهر والنصف الآخر لسنة ومقداره عشر ذهبات قطعتي ذهب عثماني كل واحدة بخمس ذهبات فعند حلول الستة أشهر لذلك الرجل أن يضبط نصف المرهون والنصف الآخر عند حلول السنة مقابل مطلوبه (الخانية). ولا يشترط في هذا رضاء الراهن أو حكم الحاكم.

وإذا أبى الراهن بيع الرهن وامتنع بصورة أخرى عن تأدية الدين فالحاكم عند وقوع المراجعة له على الأصول ببيع الرهن بالذات أو بواسطة أمينه بقيمته الحقيقية ويؤدي الدين من ثمنه إلى المرتهن. ولا يكون هذا البيع فضولاً بل نافذ ومعتبر.

الأصول المرعية اليوم بخصوص بيع الحاكم هي هذه: يراجع المرتهن المحكمة مدعياً مطلوبه من الراهن وطالباً بيع الرهن. وعند ثبوت الدين والمرهونية تحكم المحكمة ببيع المرهون وإيفاء الدين. وبعد تبليغ الإعلام الحاوي هذا الحكم للراهن يباع المرهون على الأصول بمعرفة دائرة الإجراء (الشارح).

في هذا التقدير عهدة البيع راجعة للراهن. وإلا لا تعود بالذات للحاكم الذي يتولى البيع أو لأمينه وبتعبير آخر كما ذكر في المادة ١٤٦١ ولو كانت عهدة البيع عائدة للبايع وإن كان البايع وكيلاً ـ تعود للمدين في هذا. كما أنه لو باعته دائرة الإجراء بموجب الأصول المرعية في يومنا هذا فعهدة البيع عائدة للراهن وليس لدائرة الإجراء.

وفي هذه الصورة إذا جاء ثمن المرهون مساوياً أو زائداً عن الدين فبها. ويرد فضله للراهن وإن جاء ناقصاً يطلب المرتهن باقي المبلغ من الراهن. ويكون له حق الاستيفاء من سائر أمواله.
ويباع هذا الرهن أيضاً وإن كان مخصوصاً لسكنى الراهن ولم يكن له أو إذا توفي لورثته دار يسكنون فيها. لأنه نظراً لتعلق حق المرتهن به لا يقاس على المادة (٩٩٩) (رد المحتار).

ويجب أن لا يغيب عن الذهن ان هذه الأحكام وأحكام المادتين ٧٥٨، ٧٥٩ الآتية تجري في الصورة التي لا يكون الراهن وكل أحداً لبيع الرهن وأما إذا وكل الراهن أحداً على ذلك الوجه فحكمه كما سيأتي في المادتين ٧٦ و٧٦١.

والفقرة الأخيرة من هذه المادة مذهب الإمامين رحمهما الله تعالى. وأما عند الإمام الأعظم ليس للحاكم بيع الرهن. بل يحبس الراهن إلى أن يبيع من ذاته الرهن أو يؤدي الدين بصورة أخرى. وهذا فرع اختلافهم في الحجر بالفلس (شبلي).

﴿المادة ٧٥٨﴾ إذا غاب الراهن ولم تعلم حياته ومماته فالمرتهن يراجع الحاكم لأجل بيع الرهن واستيفاء مطلوبه منه.

إذا غاب الراهن غيبة منقطعة ولم تعلم حياته ومماته وبناءً عليه لم تمكن مراجعته على الوجه المحرر في المادة السالفة يراجع المرتهن الحاكم لأجل بيع الرهن بقيمته الحقيقية واستيفاء مطلوبه منه يعني أن

المرتهن يأخذ إذناً من الحاكم ببيع الرهن ويبيعه بناءً على الإذن الذي يعطيه الحاكم ويستوفي مطلوبه منه (لسان الحكام). وإذا باعه الحاكم بالذات بناءً على مراجعة المرتهن أو بمعرفة أمينه وأدى مطلوب المرتهن جاز ذلك أيضاً. وفي هذه الصورة إذا جاء بدل الرهن مساوياً للدين فبها. وإذا بقي فضل يحافظ عليه الحاكم بمعرفة القيم الذي ينصبه لأجل الغائب. ونظراً للأصول المرعية اليوم يحفظ هذا الفضل في خزائن دوائر الإجراء وإن ناقصاً يأخذ المرتهن النقصان عند ظفره به من الراهن. كما أنه لو توفي الراهن يبيع الحاكم الرهن أو يأذن للعدل ببيعه (الخانية).

﴿المادة ٧٥٩﴾ إذا خيف من فساد الرهن فللمرتهن أن يبيعه بإذن الحاكم. ويبقى الثمن في يده. وإذا باعه بدون إذن الحاكم يكون ضامناً. كذلك إذا أدركت ثمار وخضرة الكرم والبستان المرهون وخيف من هلاكها يمكن بيعها برأي الحاكم وإذا باعها المرتهن من ذاته كان ضامناً.

إذا حصل خوف من فساد الرهن لبقائه مدة في يد المرتهن مثلاً لو خيف من إشراف الدار المرهونة على الخراب ينظر. فإن كان الراهن حاضراً يراجع. لأن المرهون ماله فبهذا الاعتبار يجب في أول الأمر أن يراجع ويفهم لزوم هذه المراجعة بهذه الصورة من المادة (٧٥٧). ولهذا لم تذكر هذه الصورة في المجلة.

أما إذا كان الراهن غائباً غيبة منقطعة ولم تكن حياته ومماته معلومتين يعني أنه إذا كان مفقوداً فللمرتهن أن يبيع الرهن بإذن الحاكم. وبتعبير آخر يراجع المرتهن الحاكم والحاكم إن شاء باعه هو وإن شاء اذن المرتهن ببيعه. لأن الحاكم ذو صلاحية في بيع مال المفقود الذي يخاف من فساده. (الأنقروي) راجع المادة (٥٨)

حكم هذه المادة منحصر في الصورة التي يكون الراهن غائباً فيها غيبة منقطعة. ويستفاد ذلك من ذكر هذه المادة تالية المادة الآنفة. وأما إذا لم يكن الراهن مفقوداً لزمت مراجعته لأنه صاحب المال.

والرهن الذي يباع على هذه الصورة إن كان من جنس مطلوب المرتهن وكان الدين معجلاً يحسب من دينه في الحال وإن كان مؤجلاً عند حلول الأجل. وإن لم يكن من جنس الدين يأخذه المرتهن ويكون رهناً في يده كأصل الرهن (الأنقروي). وليس للمرتهن بيع الرهن بدون إذن الراهن أو إذن الحاكم. راجع المادة (٩٦). وبناءً عليه إذا باعه المرتهن بدون إذن الحاكم أو إذن الراهن وكانت شروط الإجازة المحررة في المادة (٣٥٨) موجودة يكون الراهن مخيراً عند حضوره إن شاء اجاز البيع وفي هذه الصورة ينفذ البيع ويكون ثمن المبيع مرهوناً. وإن شاء فسخ البيع ورد المبيع إلى الرهنية. وإذا هلك المبيع يضمن المرتهن بدله راجع المادة (٨٩١). كما لو كان المبيع موجوداً عيناً في يد المشتري فللراهن حق تضمينه للمرتهن على ما فهم من المادة (١٦٣٦). لأن النظر إلى الغائب المفقود والولاية على البيع لأجل المنفعة ثابتان للحاكم لا غير «رد المحتار».

كذلك زوائد الرهن أيضاً هي على الوجه المشروح. مثلاً إذا أدركت الزوائد المتولدة المذكورة في المادة (٧١٥) كالثمار وخضرة الكرم أو البستان المرهون وخيف من أن تفسد وتهلك فإن كان الراهن غائباً يمكن بيعها بإذن الحاكم فقط وإن كان حاضراً فبإذن الراهن. يعني أنه إذا كان الراهن غائباً يراجع المرتهن الحاكم فإن شاء الحاكم باع هذه الزوائد بالذات أوبمعرفة أمينه وإن شاء يأذن للمرتهن ببيعها. وبأي صورة من هذه الصور الثلاث فبيع الراهن المبيع نافذ ولا يلزم ضمان على أحد. راجع المادة (٩١) وليس للمرتهن أن يبيعه بدون إذن الحاكم. لأن ولاية المرتهن هي في حبس المرهون. وليست في البيع. والحال أنه حينما يكون الراهن غائباً فالمرتهن مقتدر على عرض الأمر على الحاكم واستحصال رأيه.

حتى انه في الموضع الذي يكون رفع المسألة إلى الحاكم غير متيسر فللمرتهن بيع الزيادة من ذاته وللراهن أيضاً بيع زوائد المرهون المذكورة إذا أشرفت على الفساد أو الهلاك بسبب مرور الوقت يرفع المرتهن المسألة إلى الحاكم ومباشرته لاستحصال رأيه «رد المحتار قبيل باب الرهن» «يوضع على يد العدل لأن الضرورات بحكم المادة (٢١) تبيح المحظورات.

والحاصل متى خيف من فساد المرهون فإمكان بيعه مشروط بإذن الحاكم في حال غيبة الراهن سواء أكان أصل المرهون أم زوائده.

وأما إذا باع المرتهن الثمار والخضرة المذكورة من ذاته يعني بدون التحصل على رأي الحاكم أو إذن الراهن، يكون ضامناً. راجع (٩٦ و ٧١٥). وأما صورة الضمان فإن شاء الراهن ضمنها المشتري لأنه غاصب الغاصب وإن شاء ضمنها المرتهن لأنه غاصب كما إن للراهن إجازة البيع إذا كانت شروط الإجازة موجودة.

وليس للمرتهن أن يحدث في المرهون تصرفاً يوجب إزالة المرهون من ملك الراهن. ونظراً لهذه التصرفات فلفظ البيع الوارد في المجلة ليس احترازياً. كما لو كان المرهون شاة ومرضت فليس للمرتهن أن يذبحها وإن خيف من هلاكها. فإن فعل لزمه الضمان (التنقيح).

تعبير (البيع) الوارد في المجلة احترازي باعتبار آخر. لأن للمرتهن أن يجري التصرف الذي فيه حفظ المرهون من الفساد دون أن يوجب إزالة عين المرهون من ملك الراهن. كما لو جمع ثمر الكرم والبستان المرهون بدون أمر الحاكم وحفظه لا يلزم الضمان. لأن هذه المعاملة حفظ. وحفظ المرهون حق المرتهن. لكن يجب على المرتهن أن لا يحدث نقصاً في الكرم والأشجار أثناء الجمع. حتى إنه إذا حصل نقص سقط قدره من الدين (التنقيح).

﴿المادة ٧٦٠﴾ إذا حل وقت اداء الدين ووكل الراهن المرتهن أو العدل أو أحداً غيرهما لأجل بيع الرهن صح ذلك. وليس للراهن أن يعزل ذلك الوكيل بعدها. ولا ينعزل بوفاة الراهن والمرتهن أيضاً.

إذا حل أجل الدين ووكل الراهن بالوكالة المضافة المرتهن أو العدل أو غيرهما لأجل بيع الرهن كانت هذه الوكالة صحيحة على ما هو محرر في المادة (١٤٥٩). (الخانية).

فالوكالة المذكورة في المجلة هي الوكالة المضافة. وذكر صورة الوكالة في المجلة بشكل الوكالة المضافة ليس قيداً احترازياً بل بيان للحكم الغالب. بناءً عليه التوكيل بالوكالة المنجزة أيضاً لبيع الرهن جائز وصحيح. لأنه حيث ان الرهن هو ملك الراهن فله أن يوكل من شاء لبيع ماله منجزاً أو معلقاً (أبو السعود) ولأنه بحكم المادة (١١٩٢) كل يتصرف في ملكه كيفما يشاء ولكن يوجد فرق بين الوكالتين. مثلاً للوكيل بالوكالة المضافة على هذا الوجه أن يبيع الرهن حينما يحل وقت اداء الدين. وليس له بيعه قبل ذلك (راجع المادة ١٤٥٦).

ولكنه إذا وكل على أن يبيع الرهن حينما يحل وقت اداء الدين أي إذا وكل بالبيع مطلقاً وليس بالوكالة المضافة فله أن يبيع الرهن قبل حلول الوقف أيضاً (الخانية).

وفي هذه الصورة للوكيل أن يبيع الرهن بدون حكم المحكمة أيضاً. ومتى باعه وكالة على هذا الوجه يقوم ثمن المبيع مقام المرهون.

وأما إذا لم يكن الوكيل أهلاً للوكالة وقت التوكيل كما لو كان صغيراً غير مميز لا تكون الوكالة صحيحة راجع المواد (١٤٥٨ و ٩٥٧ و ٩٦٦) (الفيضية).

حتى انه إذا باع الصغير المرقوم بعد البلوغ أيضاً لا يصح ذلك عند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى لأن الأمر والوكالة بطلا. بسبب أن الوكيل ليس مقتدراً على البيع وقت الأمر وبناءً عليه لا تنقلب الوكالة إلى الصحة بعد ذلك. أما عند الإمامين رحمهما الله تعالى بيع هذا الصبي بعد البلوغ صحيح.

لأن الوكيل مقتدر على البيع وقت الامتثال. وإن لم يكن مقتدراً وقت التوكيل (ابو السعود). فإذاً من اللازم إثبات أهلية المأمور للوكالة وقت التوكيل عند الإمام ووقت الامتثال عند الإمامين.

وكما أنه يجوز اشتراط عقد الوكالة المذكورة حين عقد الرهن يجوز أيضاً إجراؤها بعد عقد الرهن ويكون بيع الوكيل الرهن بناءً على هذه الوكالة صحيح أيضاً.

ولكن لا يمكن بيع الرهن بدون وكالة كهذه من الراهن (أنظر مادتي ٩٦ و ٣٦٥) وحينما يبيع الرهن المرتهن أو العدل الوكيل ببيعه ويقبض ثمنه يبقى الثمن المذكور رهناً في يده. بناءً عليه إذا هلك وهو في يد العدل أو المرتهن يسقط من الدين بمقدار الثمن على الوجه المحرر في لاحقة شرح المادة (٧٤١) «شرح المجمع».

كما لو هلك الثمن المذكور وهو في ذمة المشتري أي حالة كونه لم يقبض بعد بوفاة المشتري مفلساً فإنما يهلك على المرتهن ويسقط قدره من الدين بموجب اللاحقة المذكورة.

وإذا هلك ثمن المبيع على هذا الوجه بعد بيع المرهون يسقط بمقدار الثمن المذكور من الدين على ما ذكر آنفاً. ولا تسقط قيمة الرهن الحقيقية.

فلو باع العدل الوكيل بالبيع مثلاً المال المرهون مقابل ألف وخمسماية قرش بألف قرش وبعد أن قبض الثمن هلك في يده يسقط من الدين ألف قرش فقط. وإلا فلو كانت قيمة الدين الحقيقية ألف وخمسين قرشاً فكما أنه لا يسقط من الدين ألف وخمسون قرشاً لا يسقط تسعماية وخمسون إذا كانت قيمة الدين بهذا المقدار.

فينتج من ذلك ان هذا الخصوص ليس مقيساً على مسألة «القيمة المعتبرة في الرهن بالنسبة إلى المرتهن هي القيمة يوم قبضه» المار إيضاحها في المادة (٧٤١) (البزازية والعناية).

وإذا اشترطت الوكالة المذكورة حين عقد الرهن أو أجريت بعد عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل أي المرتهن أو العدل أو غيره بدون رضاء المرتهن من الوكالة. وإن لم تكن الوكالة درية. لأنه لما اشترطت الوكالة وقت عقد الرهن فصارت وصفاً من أوصاف الرهن وحقاً من حقوقه. بناءً عليه كما أن الرهن الذي هو الأصل لازم صارت الوكالة التي هي وصفه لازمة أيضاً. ثم حيث أن حق المرتهن تعلق بهذه الوكالة فلو كان للراهن عزله لأدى ذلك إلى ضياع حق المرتهن (الهداية) فبما أن الوكالة مع أنها ليست من العقود اللازمة وأن الموكل مقتدر على عزل وكيله متى شاء فعدم اقتدار الموكل الراهن على عزل هذا الوكيل ناشئ عن الأسباب المذكورة.

قول المجلة (ليس للراهن عزله) ليس بقصد الاحتراز من المرتهن. والمرتهن أيضاً ليس له أن يعزل هذا الوكيل ويمنعه من بيع الرهن (الخانية). لأنه لم يوكله المرتهن، وهذه الوكالة كما أنها لازمة أصلاً لازمة وصفاً أيضاً.

بناءً عليه بعد أن يوكل الراهن الوكيل المرقوم بالبيع المطلق إذا منعه ونهاه عن البيع نسيئة لا يعتبر المنع والنهي (مجمع الأنهر).

وأما إذا نهى الراهن وكيله عن البيع نسيئة وقت عقد الرهن وحين توكيله اياه فالنهي معتبر. أنظر المادة (١٤٩٨) (الدرر والهندية).

اختلاف الفقهاء في العزل من التوكيل بعد الرهن:

اختلف في جواز عزل الوكيل من الوكالة ببيع الرهن الواقعة بعد عقد الرهن وعدمه. فذهب بعض الفقهاء إلى جواز عزله وانعزاله بوفاة الراهن أيضاً وذهب البعض الآخر منهم على أن الوكيل لا ينعزل من الوكالة بعزل الراهن ولا بوفاته. ولكن صاحب الهداية والملتقى فخر الملة والدين قاضيخان رجح وصحح جهة عزل هذا الوكيل أيضاً وعدم انعزاله بوفاة الراهن وإطلاق المجلة يدل على أن هذا القول هو المختار.

جاء في الشرح «بدون رضاء المرتهن». لأنه برضاء المرتهن أن يعزل الوكيل. ولكنه يشترط في ذلك وصول خبر العزل إلى الوكيل المذكور كما هو مصرح في المادة (١٥٢٣) سواء أوكلا غيره أو لم يوكلا.

وبناءً عليه تعد الوكالة باقية لبينما يصل خبر العزل إلى ذلك الوكيل «الهندية» أنظر المادة (١٧). ولا

ينعزل الوكيل المرقوم يعني الوكيل غير المرتهن من الوكالة بوفاة أحد من الراهن الموكل أو المرتهن أو كليهما أو بجنون أحدهما أو هما معاً.

ولم ينعزل بوفاة الراهن لأن الوكالة صارت لازمة بلزوم عقد الرهن. لأنه لما اشترطت الوكالة في عقد الرهن وأصبحت وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه صارت الوكالة لازمة بلزوم الأصل. وإن كانت الوكالة أجريت بعد عقد الرهن. على ما مر تفصيله آنفاً. أنظر المواد ١٥٢١ و١٥٢٢ و١٥٢٧
ولم ينعزل الوكيل بوفاة المرتهن أيضاً. لأن المرتهن لم يوكله «أبو السعود وشرح المجمع».

فعليه بعد وفاة الراهن أيضاً المرتهن الوكيل بالبيع مثلاً له أن يبيع الرهن ولو كانت ورثة الراهن غير حاضرة (الهندية). حتى لو حضر الوارث بعد البيع فليس له أن ينقضه. لأن حق المرتهن تعلق بهذه الوكالة وللوكيل المرقوم بيع الرهن في غياب الراهن وحال حياته أيضاً ولا يشترط رضاء الراهن وحكم الحاكم وقضاؤه تعبير ووفاة الموكل يعني الراهن إقرار من الوكيل لأنه بوفاة الوكيل أو بجنونه بدرجة أن يقطع الأمل من شفائه لا يبقى حكم للوكالة (أنظر المادة ١٥٢٩) سواءً أكان الوكيل المرتهن أم العدل أم غيرهما وأما الرهنية فهي باقية في تلك الحالة.

ولذلك لا يقوم وارث الوكيل المتوفى أو المجنون أو وصيه مقامه «الخانية» لأن الارث لا يجري في الوكالة ولأن الموكل أي الراهن قد اعتمد على رأي الوكيل المتوفي ورضي به ولم يعتمد على رأي وارثه أو وصيه ولم يرض به «الدرر والعناية»

حتى لو باع هذا الوصي أو الوارث الرهن لا يكون صحيحاً. ولكن إذا كان للوكيل مأذونية بتوكيل غيره كان لوصي هذا الوكيل بيع الرهن. والمأذونية بالتوكيل تكون على الصورة الآتية وهي إذا قال الراهن في أصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن وأجزت كل ما تعمله كان للوصي أن يبيع الرهن. ولكن ليس لوصي هذا الوصي أن يوصي بالبيع المذكور لآخر (أبو السعود).

وإذا جن الوكيل وكان شفاؤه مأمولاً لا ينعزل من الوكالة. وله أن يبيع عند إفاقته (الهندية وابن نجيم). وليس له البيع حال جنونه. أنظر المادتين ٩٧٩ و ٩٨٠.

استثناء ـ إذا رهن الراهن مالاً ووكل العدل ببيعه ولم يقبضه المرتهن ولا العدل فبناءً على حكم المادة (٧٠٦) وإن لم يكن للرهن حكم فالوكالة بالبيع صحيحة بموجب المادة ١٤٤٩ وإذا باعه العدل كان البيع نافذاً. ويعطى العدل المرقوم الثمن إلى الراهن وليس إلى المرتهن.

مع انه إذا أعطى العدل الثمن المذكور إلى المرتهن لا يكون ضامناً. لأنه يكون أعطى الحق إلى مستحقه وخدم العدالة. والوكالة على هذا الوجه ليست لازمة وكما أن للراهن أن يعزل العدل ينعزل العدل المرقوم من الوكالة بوفاة الراهن أو بجنونه (الهندية بزيادة).

تتمة: للوكيل ببيع الرهن أن يبيع المرهون من ذاته بموجب هذه المادة. ولا حاجة في ذلك لمراجعة المحكمة واستحصال حكم. سواء أكان المرهون منقولاً أم عقاراً.

مثلاً إذا استقرض رجل من آخر عشرين ذهباً ورهن عنده مقابل ذلك ساعة ومع تسليمه اياها أعطاه وكالة ببيع الساعة المذكورة واستيفاء دينه من بدلها فيبيع المرتهن تلك الساعة ويستوفي دينه . وليس للراهن أن يقول له إنك لم تخبرني أو لم تأخذ إعلاماً من المحكمة . وسواء أكانت هذه الوكالة دورية أم غير دورية . مع أنه إذا كان المرهون عقاراً فحيث ان بيع العقار تابع لبعض معاملات رسمية فالمرتهن الجائز على وكالة بيع المرهون أو غيره لا يمكنه بيع العقار مستقلاً والاصول الآتية مرعية اليوم في بيعه وإليك البيان : يراجع الدائنون مأموري التسجيل بشأن بيع الأراضي الأميرية أو الأملاك الصرفة التي رهنت بسندات الدفتر الخاقاني وبطريق البيع بالوفاء والوكالة الدورية . ويبرز لهم السند الخاقاني المتضمن الوكالة والبيع بالوفاء . وبناءً على هذا يخبر مأمورو التسجيل المدين بالكيفية تحريراً . فإذا لم يف المدين دينه بظرف المدة المعينة يبيع مأمورو التسجيل هذا العقار بالمزايدة ويؤدون مطلوب الداين من ثمنه . ولكن إذا راجع الراهن المحكمة وادعى انه وفى الدين سابقاً ووقع إشعار من المحكمة إلى مأموري التسجيل للزوم تأخير معاملات البيع يؤخر أمر المزايدة انتظاراً للحكم الذي يصدر بهذا الشأن وهذه المعاملة صارت مرعيه الأجرا بناء على الإرادة السنية الصادرة في ١ أيلول سنة ١٣٠٦ . وفهم من الإيضاحات السابقة أن البيع والفراغ هذا مخصوص في الأراضي الأميرية والأملاك الصرفة وأما إذا جرى فراغ المسقفات والمستغلات الوقفية وفاء مقابل الدين فبيعها لأجل الدين متوقف على حكم المحكمة وإعلامها وليس للوكيل أن يفعل ذلك من ذاته يعني أن مأمور التسجيل لا يسمح بفراغ هذا الوكيل (الشارح) .

الاحكام التي يتحد ويفترق فيها الوكيل ببيع الرهن والوكيل بالبيع العاري:

يفترق الوكيل ببيع الرهن عن الوكيل ببيع الأموال غير المرهونة في أربع صور:

الصورة الأولى: يجبر الوكيل في بيع الرهن على بيع الزيادة المذكورة في المادة (٧١٥) . راجع المادة الآتية . سواء اشترطت الوكالة في عقد الرهن أو بعد العقد . وإجبار الوكيل في الوكالة التي أجريت بعد عقد الرهن إيضاح قول الإمام أبي يوسف . وأما إذا نظرنا لظاهر الرواية فلا إجبار في الوكالة التي بعد الرهن . لأن الوكالة إنما تلزم بسراية اللزوم من الرهن إليها فإذا ثبت قصداً يعطى له حكم نفسه وهي في نفسها إعانة والمعير لا يجبر وهذا أصح (الكفاية) . ولكن الوكيل بالبيع عادة لا يجبر على بيع المال الذي هو وكيل ببيعه . لأنه حيث للموكل أن يبيع بنفسه فلا يسقط حق الموكل . وللوكيل أن يمتنع عن إيفاء لوازم الوكالة وان يخرج نفسه منها . أنظر المادة (١٥٢٢) . أما المدعي فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه (أبو السعود) .

الصورة الثانية: الوكيل ببيع الرهن لا ينعزل بعزل الموكل الراهن . وأما الوكيل بالبيع العاري فينعزل بعزل موكله . أنظر المادة (١٥٢١) .

الصورة الثالثة: الوكيل ببيع الرهن لا ينعزل بوفاة الموكل الراهن . وأما الوكيل بالبيع العاري فينعزل . أنظر المادة (١٥٢٧) .

الصورة الرابعة: إذا باع الوكيل ببيع الرهن المرهون مقابل ثمن مخالف لجنس الدين له أن يحوله

إلى جنس الدين ببيع ثمن المبيع بطريقة بيع الصرف. وليس للوكيل بالبيع العاري هذه الصلاحية (أبو السعود) وفي الواقع ان هاتين الوكالتين تفترقان بصورة خامسة أيضاً ولكنه يجب مراجعة التنوير لأجل ذلك.

وفي غير هذه الصور من الخصوصات لا فرق بين الوكيل ببيع الرهن والوكيل بالبيع العاري بل انهما متساويان في الأحكام (الهندية) وبيان ذلك كما يأتي:

الوكيل ببيع الرهن وكذلك الوكيل العاري لهما أن يبيعا الرهن بالأجل المتعارف بين الناس ونقداً وبكثير أو قليل. لأن الوكالة مطلقة والمطلق يجري على إطلاقه. وإن كان الوكيل المرقوم هو العدل الذي أودع الرهن عنده وبعد أن باع العدل الرهن نسيئة على هذه الصورة فإذا طلب المرتهن دينه من الراهن فليس للراهن أن يقول لا أعطيه ما لم يحضر العدل ثمن المرهون. (أنظر شرح المادة ٧٣٠). لأن الرهن صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فكأنهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهناً بتراضيهما ابتداءً لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كأنه رهنه ولم يسلم إليه بل وضعه في يد عدل (العناية).

وأما إذا كان الوكيل هو المرتهن وقبض الثمن فيكلف بإحضار الثمن المذكور (الفتح).

لكن ليس للوكيل ببيع الرهن أيضاً أن يبيع المرهون لأجل غير متعارف بين الناس كوكيل البيع العاري. كالبيع مؤجلاً لعشر سنوات (أبو السعود) إنما إذا كان المرهون في يد المرتهن ولم يكن عدل ووكل الراهن المرتهن واستيفاء الدين منه حاز للمرتهن أن يبيعه نسيئة. كما أنه ليس للوكيل البيع نسيئة عند وجود قرينة تدل على الأمر بالبيع نقداً، راجع المادتين (١٤٩٤ و ١٤٩٨). الهندية. مثلاً لو قال الراهن للوكيل (إن المرتهن يطالبني بدينه ويضايقني فبع الرهن حتى أتخلص منه) فليس للوكيل في هذه الصورة أن يبيع المرهون نسيئة.

٢ ـ إذا باع العدل الوكيل ببيع الرهن المرهون ثم وهب ثمنه للمشتري قبل القبض جاز ذلك وضمن الثمن المذكور (أنظر المادة ١٤٦١). وأما بعد قبضه الثمن إذا وهبه للمشتري عيناً كلاً أو قسماً لا يصح ذلك. (أنظر المادة ٨٥٧). إنما هذا العدل الوكيل بالبيع إذا حط وأسقط مقداراً من ثمن المبيع بعد القبض فبناءً على شرح المادة (١٥٨) كان الحط والإسقاط صحيحاً ولزم العدل المرقوم أن يعيد المقدار الساقط من الثمن إلى المشتري من ماله وليس له أن يعيده من المبلغ الذي أعطاه للمرتهن والحكم في الوكيل بالبيع العاري على هذا المنوال.

٣ ـ إذا ادعى العدل المرقوم أن الثمن هلك في يده بعد أن باع الرهن وقبض ثمنه يصدق العدل بناء على المادتين (٧٧٧ و١٧٧٤) ويهلك الثمن المذكور على المرتهن يعني يسقط الدين على الوجه المحرر في لاحقة شرح المادة (٧٤١).

وقد مر بيان ذلك في شرح هذه المادة.

٤ ـ إذا باع العدل الرهن وادعى أنه سلم الثمن كلاً أو بعضاً للمرتهن وأنكر المرتهن يصدق العدل

بيمينه. (أنظر المادتين ٧٧٧ و ١٧٧٤). ويسقط حق المرتهن بناءً على ذلك.

٥ ـ العدل الوكيل ببيع الرهن ليس له بيعه لابنه أو لزوجته. (أنظر المادة ١٤١٧) بيد أنه إذا باعه وأجازه كل من الراهن والمرتهن صار جائزاً. ولا يجوز بإجازة واحد منهما. والحكم في الوكيل بـالبيع العادي أيضاً هكذا.

٦ ـ الوكيل ببيع الرهن إذا وكل شخصاً آخر كي يبيع الرهن وباعه ذلك الشخص ينظر: فإذا باعه الشخص المذكور بحضور الوكيل أو أخبره بالمبلغ الذي سيبيعه به كان البيع جائزاً. وإذا باعه في غيابه لا يجوز. ما لم يجزه بعده. (أنظر المادة ١٤٥٣).

٧ ـ إذا كان الوكيل يبيع الرهن شخصين وباعه واحد منهما لا يجوز. ما لم يجز الوكيل الآخر أو الراهن والمرتهن. لأن البيع متوقف على الرأي ورأي الواحد لا يكون كرأي الإثنين. ولا يجوز إذا أجازه الراهن أو المرتهن فقط. (أنظر المادتين ٧٤٦ و ٧٤٧).

٨ ـ إذا باع العدل الوكيل ببيع الرهن المرهون وبعد أن أعطى المرتهن الثمن وجد في المبيع عيب قديم يخاصم المشتري العدل المرقوم. (أنظر المادة ١٤٦١).

فإذا أثبت العيب القديم بالبينة وحكم برده يسري هذا الحكم على الراهن والمرتهن أيضاً. (أنظر المادة ٨٧). إذ أنه حينما يحكم الحاكم برد المبيع إلى العدل لثبوت العيب بالبينة يكون ضامنـاً الثمن للمشتري لأنه هو الذي قبض الثمن من المشتري. والعدل يرجع على المرتهن ـ إن كان سلمه للمرتهن ـ بالثمن المذكور يعني أنه يسترده منه. وقد فهمت سراية الحكم على المرتهن. وف هذه الصورة يعود المبيع كالأول إلى الرهنية وللعدل أن يبيعه ثاني مرة.

وكذلك إذا رد المبيع بحكم الحاكم إلى العدل بناءً على ثبوت العيب القديم بالبينة فللعدل أن يرجع بثمن المبيع على الراهن أيضاً. وقد فهمت سراية الحكم على الراهن أيضاً.

إذا لم يثبت العيب القديم بالبينة بل أقر العدل المرقوم بالعيب ورد إليه ينظر فإن كان العيب المذكور من قبيل ما لا يمكن حدوثه والمبيع في يد المشتري تجري في هذا الأحكام السابقة الذكر وإن كان العيب من قبيل ما لا يمكن حدوثه والمبيع في يد المشتري وأنكره العدل وحكم برده لنكوله عن اليمين لدى استحلافه فالحكم على المنوال المشروح أيضاً.

ولكن إذا أقر العدل بالعيب الذي يتصور حدوثه في تلك المدة التي مكث فيها المبيع في يد المشتري ورد إليه المبيع يبقى المبيع المذكور مالاً للعدل.

ولا يكون للرد الذي وقع بالإقرار المذكور حكم ولا تأثير على الراهن والمرتهن. (أنظر المادة ٨٧) كما لو أقال العدل المرقوم البيع أو استرجع المبيع بدون حكم الحاكم بخيار العيب ـ وإن كان العيب المذكور من قبيل ما لا يتصور حدوثه، والمبيع في يد المشتري ـ يبقى أيضاً المبيع للعدل ولا يكون لذلك تأثير على الراهن والمرتهن. لأنه كما أوضح في شرح المادة (١٩٦) تعتبر الإقالة بيعاً جديداً بالنسبة إلى الشخص الثالث.

فائدة ـ في ضبط الرهن بالاستحقاق بعد أن يبيعه العدل الوكيل ببيع الرهن ويعطي ثمنه للمرتهن:

إذا باع العدل الوكيل ببيع الرهن المرهون وأعطى ثمنه للمرتهن ثم ضبط المبيع من يد المشتري بالاستحقاق ينظر: فإن كان المبيع موجوداً في يد المشتري يأخذ المستحق المبيع من المشتري والمشتري يأخذ الثمن ممن قبضه منه. يعني يأخذه من العدل إن كان اعطاه للعدل. (أنظر المادة ١٦٤١). ويأخذ العدل إن شاء من الراهن الذي أدخله في عهدة البيع. وفي هذه الحالة يستوفي المرتهن مطلوبه من الراهن. ويعود دين المرتهن على حاله (الخانية). وإن كان المشتري أعطاه للمرتهن يأخذ منه وإلا ليس له أن يأخذه من العدل. لأن العدل عامل للراهن في البيع (الزيلعي).

وإذا هلك المبيع في يد المشتري فالمستحق في الوجوه الثلاثة الآتية:

الوجه الأول: إن شاء ضمن قيمة الرهن للراهن. لأن الراهن غاصب من جهة أنه أخذ مال الغير بلا إذن وسلمه للمشتري وفي حال تضمينه للراهن يكون بيع العدل وقبض المرتهن الثمن صحيحين. لأنه تبين إذ ذاك أن الراهن أمر العدل ببيع ملكه لكونه مالكاً للرهن.

الوجه الثاني: وإن شاء يضمنه للعدل المتعدي بالبيع والتسليم وفي هذه الحالة يرجع العدل المرقوم على الراهن إذا أراد لأن العدل وكيل من قبل الراهن وعامل له وله حق الرجوع عليه بالشيء الذي لحقه من عهدة البيع. أنظر شرح المادة (٦٥٨). وعلى هذا التقدير يكون بيع العدل وقبض المرتهن الثمن صحيحاً. لأنه حينما كان الراهن ضامناً وقرار الضمان وقع عليه يصير مالكاً للمرهون باداء بدل الضمان ويتبين إذ ذاك أنه أمر ببيع مال نفسه وحيث ان استيفاء المرتهن مطلوبه على الوجه المشروح من ثمن المرهون صحيح فليس له أن يرجع على الراهن بدينه بعد ذلك (الزيلعي). بقي أن يقال ما ذكره الشارح وغيره كالزيلعي من أن العدل يرجع على الراهن بالقيمة تبعوا فيه صاحب الهداية قال الشبلي في حاشية الزيلعي وقد قال شارحها المراد بالقيمة الثمن وعزاه إلى الكافي (أبو السعود). وإن شاء رجع على المرتهن يعني أخذ منه ما أعطاه اياه لأنه تبين بالإستحقاق أن المرتهن أخذ الثمن بغير حق. لأن العدل صار مالكاً الثمن المذكور بالضمان. ولكن في هذه الصورة إذا كانت قيمة الرهن أكثر من الثمن الذي أخذه العدل من المرتهن يضمن العدل هذه الزيادة؟ قال الشرنبلالي المناسب أن يرجع العدل على الراهن بالزيادة المذكورة. وعلى هذا التقدير يكون البيع والقبض المذكوران باطلين ويستوفي المرتهن مطلوبه من الراهن.

الوجه الثالث: وإن شاء ضمنه للمشتري المتعدي بالأخذ والتسلم وفي هذه الحالة يبطل البيع ويرجع المشتري بثمن المبيع على العدل.

وأما إذا لم يختر المستحق صورة من الصور الثلاث المذكورة فليس له أن يرجع على المرتهن رأساً، ما لم يجز المستحق البيع وأراد أن يأخذ الثمن وعند ذلك يأخذ المستحق ثمن المبيع من المرتهن.

جاء في أول المسألة (وأعطى العدل الثمن للمرتهن). لأنه إذا باع العدل الرهن وضبط المبيع

بالاستحقاق قبل أن يعطي الثمن للمرتهن فليس للعدل أن يرجع على المرتهن.

ذكر في الدرر والملتقى والوقاية أن هذا التفصيل في الاستحقاق يجري فيما إذا كان التوكيل مشروطاً في عقد الرهن لأن حق المرتهن تعلق فيه وحيث ان البيع حصل لأجل حقه جاز لزوم الضمان على المرتهن أيضاً.

وأما في الصورة التي يوكل فيها الراهن العدل بعد عقد الرهن يرجع العدل على الراهن فقط. سواءً أقبض المرتهن الثمن أم لم يقبضه. لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن وإذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه (الزيلعي).

﴿المادة ٧٦١﴾ عند حلول وقت اداء الدين يبيع الوكيل الرهن ويسلم الثمن إلى المرتهن. وإذا امتنع يجبر الراهن على بيع الرهن وإذا أبى الراهن أجبر ببيع الحاكم وإذا كان الراهن أو ورثته غائبين يجبر الوكيل على البيع وإذا امتنع يبيع الحاكم بنفسه

إن الشخص الوكيل ببيع الرهن على الوجه المذكور في المادة السابقة عندما يحل وقت اداء الدين يبيع الرهن وزوائده المحررة في المادة (٨١٥) ويسلم الثمن للمرتهن إن كانت الوكالة مضافة أي على أن يبيع الرهن عند حلول وقت اداء الدين. حتى انه حينما يكون التوكيل مضافاً لوقت على الوجه السابق يعني أنه إذا وكل الراهن شخصاً على أن يبيع الرهن ويفي الدين فإذا لم يؤده لحد كذا من الزمن مثلاً وباع الوكيل الرهن بناءً على هذه الوكالة قبل حلول ذلك الزمن لا يكون البيع المذكور نافذاً. أنظر المادة (١٤٥٦) وله أن يبيع ما يحدث من الرهن من ولد أو ثمر لأنه تبع للأصل (الخانية).

فإذا باع الوكيل المرهون بهذه الصورة يخرج المرهون من الرهنية وإن بقي ثمن الرهن في يد الوكيل أو في ذمة المشتري يقوم ذلك الثمن مقام المثمن. يعني كما إن الثمن أيضاً رهناً (الخانية).

ولذلك إذا هلك الثمن في يد الوكيل أو بذمة المشتري بوفاته مفلساً يسقط الدين الذي يقابله على الوجه المحرر في لاحقة شرح المادة (٧٤١). والثمن المعتبر في سقوط الدين ثمن المبيع يعني ثمن المرهون وليس قيمة المرهون الحقيقية وقت القبض مثلاً. وفي الواقع وإن يكن المرتهن لم يقبض هذا الثمن بعد حيث انه ثابت في ذمة المشتري بسبب حق المرتهن اعتبر كأنه موجود في يد المرتهن.

إذا ادعى العدل انه قبض الثمن وسلمه للمرتهن وأنكر المرتهن فالقول قول العدل ويبطل حق المرتهن يعني يكون كأنه قد أوفي.

سؤال ـ إذا كان كلام العدل هذا إقراراً على المرتهن فالإقرار على الغير لا يجوز. وإذا كان شهادة على المرتهن فشهادة الفرد لا حكم لها. فكيف يكون هذا الكلام حجة على المرتهن؟

الجواب ـ كلام العدل هذا ليس أدنى من قوله (هلك المرهون في يدي بلا تعد) فبقوله هلك بلا تعد يقبل بحكم المادة ١٧٧٤ و يسقط الدين على الوجه المذكور في لاحقة شرح المادة (٧٤١).

وإذا امتنع الوكيل المرقوم عن بيع الرهن أو بطلت الوكالة بوفاة الوكيل ففي هذا التقدير قولان :

القول الأول : قول الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى ونظراً لهذا القول يجبر الوكيل إن كان في قيد الحياة على بيع الرهن في تقدير غياب الراهن أو ورثته كما سيجيء في الفقرة الآتية . والقاضي يجبر العدل على بيع الرهن لقضاء الدين (الخانية) وكيفية الجبر تحصل بحبس الحاكم الوكيل بضعة أيام . يعني عند امتناع الوكيل ببيع الرهن عن البيع يراجع المرتهن الحاكم .

يعني عندما يثبت المرتهن الرهن ووكالة ذلك الشخص بالبيع يجبر الحاكم الشخص المذكور على بيع الرهن . وإذا امتنع بعد هذا يبيعه الحاكم (الخانية) .

القول الثاني : قول الإمام الكرخي ونظراً لهذا القول لا يجبر الوكيل بل يجبر الراهن على بيع الرهن لأن الوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر خصوصاً إذا كان إجبار الموكل ممكناً .

وحيث ان المجلة صرحت في هذه الفقرة انه يجبر الراهن فيستفاد من هذا ان قول الإمام المشار إليه قد قبل .

وإذا باع الراهن الرهن بناءً على الجبر الواقع بموجب هذه الفقرة لا يكون البيع فاسداً . يعني أن البيع المذكور لا يقاس على البيع المبحوث عنه في المادة (١٠٠٦) لأن الإجبار في هذا بحق والبيع الذي يقع بناءً على إجبار محق مثل هذا لا يكون بيعاً مكرهاً وهذا الإجبار هو في نفس الأمر على تأدية الدين فبناءً عليه إذا لم يبع الراهن الرهن وأوفى دينه من غير مال من مبلغ صح ذلك ولا يبقى محل لإجباره على بيع الرهن . (عيني) .

وإذا امتنع الراهن أيضاً عن بيع الرهن يبيعه الحاكم ويعطى ثمنه للمرتهن ، وبيع الحاكم على هذا الوجه لدفع الضرر عن المرتهن وبحكم المادة (٢٠) من المجلة الضرر يزال ـ والأصول المرعية في يومنا هذا هي أن المرتهن يستحصل من المحكمة إعلاماً بتحصيل الدين وبيع الرهن ويودع هذا الاعلام إلى دائرة الاجرا فيبلغ أخبار إلى الراهن بلزوم إيفائه الدين وإن سيباع المرهون إذ لم يفعل . ويوضع المرهون بعد هذا في المزاد وبعد أن يتقرر على أحد يبلغ إلى المدين من طرف دائرة الاجراء إنذار آخر يخبر فيه أنه إذا لم يف الدين يسلم المرهون إلى المشتري . فإن لم يفعل يسلم المرهون إلى المشتري ويؤخذ ثمن المبيع ويوفي دين المرتهن فأقيم الإنذار مقام الإجبار على بيع الرهن .

وإذا كان الراهن أو ورثته في حال وفاته غائبين ولم يمكن إجبارهم كما ذكر آنفاً يجبر الوكيل على بيع الرهن بحبسه بضعة أيام . لأن حق المرتهن تعلق ببيع المرهون وكما ان المرتهن غير مقتدر على الإدعاء على الراهن الغائب فليس له صلاحية أيضاً ببيع الرهن (أبو السعود والزيلعي) .

فعلى قول إجبار الوكيل مطلق . سواء أكانت الوكالة مشروطة بالعقد أم عقدت بعد تمام عقد الرهن . وشمس الائمة السرخسي قال إن كان التسليط على البيع أي الوكالة مشروطاً في عقد الرهن فيجبر الوكيل وأما إذا أجريت الوكالة بعد تمام العقد فلا يجبر الوكيل . وإنما إطلاق المجلة هذا يدل على ان القول الأول هو المختار وقد ذكر أنه هو الصحيح (أبو السعود والخانية) .

وإذا باع الوكيل المرهون بحسب وكالته ترجع عهدة البيع عليه راجع المادة (١٤٦١)، ويرجع العدل على الراهن (الخانية).

وفي هذا التقدير إذا أنكر العبد الوكيل كون المال المرهون هو هذا المال أو انه لا يعلم إن كان المال المرهون هو هذا المال أم لا بالقول مع اليمين على عدم العلم قول العدل. فإن حلف العدل اليمين لا يجبر على البيع. وحينئذ يأمر الحاكم الراهن إن كان حاضراً بالبيع وإذا امتنع يبيعه الحاكم. ولكن إذا نكل العدل عن اليمين يجبر على البيع (الخانية).

أو إذا امتنع الوكيل المرقوم عن البيع وأصر على عناده يبيع الحاكم بالذات وإذا باع الحاكم تعاد عهدة البيع إلى الراهن.

فكما تقدم إذا ادعى المرتهن ان العدل وكيل بالبيع وأنكر العدل فتقبل بينة المرتهن إذا أراد إقامتها (ما يخالفه في الأنقروي). وإذا كان الدين عشر ذهبات مثلاً وباع العدل الرهن بدراهم فضية أو إذا كان الدين فضة وباعه بذهب يصح ذلك ويبدل بعده المبلغ بحبس الدين كما لو كان الدين حنطة وباع الرهن بدراهم فضية صح ذلك ثم يشتري الوكيل المذكور بالدراهم الفضية حنطة ويعطيها للداين.

قوله (عند حلول وقت اداء الدين) لأجل بيان الصورة التي تكون فيها الوكالة مضافة أو معلقة كما وضح شرحاً. وأما إذا لم تكن الوكالة ببيع الرهن مضافة إلى وقت كما جاء في المادة السالفة وكانت مطلقة فللوكيل أن يبيع الرهن قبل حلول وقت الاداء أيضاً.

وإذا اختلف في وقت التسليط على البيع فالقول قول الراهن. يعني أنه إذا كانت وكالة العدل مثلاً ببيع الرهن مضافة إلى حلول أجل كما سبق وقال المرتهن إن الأجل لرمضان وها قد حل. قال الراهن انه كان لشوال وحصل اختلاف بينهما على هذه الصورة فالقول للراهن. لأن التسليط حيث انه يستفاد من الراهن فالقول قوله. وأما إذا اختلف في حلول وقت الاداء فالقول للمرتهن. لأن تأجيل الدين يستفاد منه.

لاحقة

في الاختلافات المتعلقة بالرهن وهي تحتوي على أربعة مباحث وخاتمة

المبحث الأول

في اختلاف الراهن والمرتهن في أصل الرهن أو تعيين ورد الرهن أو في مقدار المرهون به.

مسألة ١ - القول مع اليمين لمنكر الرهن (الاشباه قبيل الجنايات) «راجع المادة ٨٦».

مسألة ٢ - إذا اختلف الراهن والمرتهن فيما لو قال الراهن ان هذا ليس هو الرهن وقال المرتهن انه هو فالقول قول المرتهن لأن القابض هو المرتهن (الاشباه ورد المحتار).

إلا إنه إذا ادعى الراهن انه رهن ماله الذي بقيمة ألفي قرش مقابل دينه البالغ ألف قرش وسلمه وأثبته بالبينة وقال المرتهن أن المال المرهون هو هذا وأحضر مالاً بقيمة خمسماية قرش فإذا لم يصدق الراهن ان المال المرهون هو هذا المال فلا يقبل قول المرتهن هذا. لأنه بينما ثبت بالبينة أن المرهون بقيمة ألفي قرش فالإدعاء بأن المال المرهون هو هذا الذي أحضر بكذبه الظاهر (الهندية في الباب الثاني عشر من الرهن). ولو جاء المرتهن بفرس قيمته خمسماية فقال الراهن ليس هذا الفرس المرهون وقال المرتهن هذا ذلك الفرس وانتقص سعره فالقول قول الراهن ويحلف فإن حلف يجعل الفرس هالكاً بالدين في زعمه (الخانية بتغيير وفيها تفصيل المسألة).

مسألة ٣ - إذا اختلف الراهن والمرتهن فيما إذا قال الراهن إني كنت رهنت وسلمت هذا الثوب وقال المرتهن كنت رهنت وسلمت هذا البغل وأقام كل منهما البينة فإن كان الثوب والبغل موجودين في يد المرتهن ترجح بينة المرتهن. وأما إذا كانا هالكين وكانت قيمة الثوب الذي ادعى الراهن رهنها وتسليمها أكثر من قيمة البغل فترجح بينة الراهن.

كما انه لو اختلف الراهن والمرتهن وقال المرتهن انك كنت رهنت وسلمت الثوب والبغل كليهما وقال الراهن إني رهنت وسلمت الثوب فقط وأقام كل منهما البينة ترجح بينة المرتهن. راجع المادة (١٧٦٢) وأما القول فللراهن (الخانية).

مسألة ٤ - إذا ادعى المرتهن بعد قبض الرهن انه أعاده للراهن وأنكره الراهن يكون القول مع اليمين للراهن لأن الراهن والمرتهن اتفقا على دخول المرهون في ضمان المرتهن. وبعد ذلك يدعي المرتهن

البراءة من الضمان والراهن ينكره. فبناءً عليه القول قول الراهن. ولا يقال ان الرهن أمانة والقول قول المرتهن بموجب المادة (١٧٧٤). لأن حكم المادة المذكورة هو بخصوص الأمانة المحضة. وأما الرهن فليس بالأمانة المحضة بل انه مضمون بالدين. على ما ورد تفصيله في لاحقة شرح المادة (٧٤١).

ولكن إذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين وإن لم تكن رواية صحيحة بخصوص أن القول في الزيادة المذكورة قول المرتهن فكون القول مع اليمين في هذه الزيادة للمرتهن من مقتضى القواعد الفقهية لأن الزيادة أمانة محضة ويلزم أن يجري فيها حكم المادة (١٧٧٤) السالفة الذكر.

وإذا ادعى المرتهن أنه رد الرهن الى الراهن وهلك في يد الراهن وادعى الراهن هلاكه وهو في يد المرتهن فالقول مع اليمين للراهن. وترجح في هذه المسألة بينة الراهن (رد المحتار والتنقيح والخانية).

مسألة ٥ ـ إذا أقام الإثنان البينة كما هو مذكور في الفقرة الأخيرة من المسألة الآنفة ترجح بينة الراهن ويسقط الدين بموجب لاحقة شرح المادة (٧٤١) لأن بينة الراهن تثبت الزيادة راجع المادة (١٧٦٢).

وأما إذا أقام المرتهن فقط البينة تقبل فالبينة (أنظر المادة ١٧٦٩). (الشرنبلالي رد المحتار التنقيح والبزازية).

مسألة ٦ ـ إذا ادعى المرتهن أن الرهن هلك في يد الراهن قبل أن يقبضه وادعى الراهن هلاكه في يد المرتهن بعد أن قبضه واختلفا على هذا الوجه فالقول قول المرتهن لأن المرتهن ينكر أساساً دخول المرهون في ضمانه. (أنظر المادة ٧٦). وإن أقام كلاهما البينة ترجح بينة الراهن. لأن بينة الراهن تثبت الزيادة. راجع المادة (١٧٦٢) «الهندية في الباب التاسع البزازية رد المحتار الخانية والأنقروي».

المبحث الثاني

في الاختلاف على بيع المرهون وثمنه

مسألة ٧ ـ إذا كان الدين ألف قرش وأفاد الوكيل أنه باعه بتسعماية قرش وصدقه المرتهن على ذلك يسأل الراهن فإذا ادعى الراهن أنه بيع بأكثر من تسعماية قرش فالقول قول العدل والمرتهن. (أنظر المادة ٧٦) والبينة للراهن. راجع المادة (١٧٦٢).

وأما إذا أنكر الراهن البيع مدعياً أن الرهن هلك في يد العدل الوكيل ببيع الرهن فالقول للراهن إن كانت قيمة الرهن مساوية للدين.

مسألة ٨ ـ إذا ادعى الراهن بيع الرهن بألف قرش والوكيل بتسعماية والمرتهن بثمانماية فإن كان المرتهن قبض الثمانماية قرش المذكورة فالقول قول المرتهن. ويأخذ المايتي قرش من الراهن على جدة. وأما البينة فللراهن.

مسألة ٩ ـ إذا أقام العدل الوكيل ببيع الرهن البينة على أنه باع الرهن بتسعماية قرش وأقام الراهن البينة على أن الرهن لم يبع وانه هلك في يد العدل فلا تقبل بينة الراهن.

. مسألة ١٠ ـ إذا رهن شخص مالاً هو بقيمة ألف قرش في مقابلة دين بالغ ألف قرش عند شخص آخر ثم وكله ببيع الرهن المذكور فقال المرتهن إني بعته بخمسماية قرش وقال الراهن لم تبعه بل انه هلك في يدك واختلفا على هذا الوجه فإذا أقام المرتهن البينة على بيعه فبها والا يحلف الراهن على عدم علمه ببيع المرتهن. ولا يحلف على أن المرهون هلك في يد المرتهن في هذه المسألة. فإن حلف يسقط الدين (الخانية) (أنظر لاحقة شرح المادة ٧٤١).

مسألة ١١ ـ إذا باع العدل المرهون في حياته وبعد أن حصل التصادق على ذلك بهذه الصورة قال الراهن باعه بعشر ذهبات (ولما صار كل من الدين وقيمة الرهن عشر ذهبات) وصادق العدل على قول الراهن. مع إن المرتهن لم يصادق وقال لا بل بيع بخمس ذهبات فالقول مع اليمين للمرتهن. وأما البينة فللراهن (الخانية).

المبحث الثالث

في اختلاف الراهن والمرتهن على مقدار المرهون به

مسألة ١٢ ـ إذا رهن شخص عند آخر مالاً مقابل دين بالغ ألف قرش فقال الراهن اني رهنته مقابل خمسماية قرش فقط وقال المرتهن رهنته مقابل ألف قرش تماماً واختلفا في ذلك فالقول مع اليمين للراهن لأن الراهن منكر تعلق المرهون بزيادة الدين. راجع المادة (٧٦). (الخانية).

مسألة ١٣ ـ إذا اختلف الراهن والمرتهن فيما لو قال الراهن اعطيت رهناً مقابل ألف قرش وقال المرتهن رهنت مقابل خمسماية قرش فإن كان الرهن موجوداً وقيمته ألف قرش يجري التحالف، فإن حلفا كلاهما يرد الرهن إلى الراهن. وإن هلك الرهن قبل التحالف فالقول للمرتهن. لأن المرتهن ينكر سقوط زيادة الدين (الخانية).

فإذا اختلف الطرفان على مقدار المرهون كما لو قال المرتهن مثلاً إنك كنت رهنت هذين المالين مقابل مطلوبي البالغ قرش وقال الراهن كنت رهنت أحدهما فقط يجري التحالف. وإن أقام كلاهما البينة رجح بينة المرتهن.

المبحث الرابع

في نزاع شخصين على رهن واحد

مسألة ١٤ ـ إذا ادعى كل من شخصين في مال أن ذلك المال مرهون عنده فقط وأثبت ذلك ففيه وجهان:

الوجه الأول ـ أن تكون هذه الدعوى في حياة الراهن وفي هذا ثلاث صور:

الصورة الأولى ـ أن يكون ذلك المال أي المرهون في يد واحد من ذينك الشخصين.

ففي هذا التقدير ان بين الآخر تاريخاً يحكم برهنية المال المذكور لدى اليد. لأن قبض ذي اليد دليل على سبق عقده والأسبق عقداً أولى من الآخر. ما لم يثبت ذلك الآخر وقوع عقده وقبضه قبل أن يقبض الأول الرهن.

الصورة الثانية ـ أن يكون المال المذكور في يد ذينك الشخصين معاً. يعني أن يكون الإثنان وضعا اليد عليه.

الصورة الثالثة ـ أن يكون ذلك المال في يد الراهن فقط.

وفي هاتين الصورتين إذا بين الإثنان تاريخاً وكان تاريخ أحدهما سابقاً يحكم له. لأن من كان تاريخه سابقاً أثبت يده وثبت حقه في زمن لم تكن للآخر منازعة فيه.

وإذا بين أحدهما فقط تاريخاً يحكم له. لأنه في هذا التقدير لكون ثبوت عقد الرهن بحق الذي بين تاريخاً في التاريخ المذكور وبحق الآخر في الحال. وأما إذا لم يبين أحد منهما تاريخاً أو إذا بين الإثنان تاريخاً واحداً ترد الشهادة الواقعة لأنها باطلة. حيث انه من المحال أن يكون ملك واحد مرهوناً عند شخصين ولا مساغ في رهنه مناصفة بينهما أيضاً. لأنه يحصل شيوع. ورهن المشاع غير جائز، وفي تلك الحالة إذا هلك الرهن فإنما يهلك أمانة لا حكم للرهن الباطل (أبو السعود).

الوجه الثاني ـ أن تكون هذه الدعوى بعد وفاة الراهن وفيها أيضاً ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يبين الإثنان تاريخاً للإرتهان والقبض وأن يكون تاريخ أحدهما سابقاً وفي هذه الصورة يحكم لمن كان تاريخه مقدماً.

الصورة الثانية: أن يبين الإثنان تاريخاً واحداً أي مساوياً.

الصورة الثالثة: أن لا يبين أحد منهما تاريخاً.

وفي هاتين الصورتين ينظر: إن لم يكن الرهن في يدهما ـ كوجوده في تركة الراهن ـ فعند الإمام الأعظم والإمام محمد رحمهما الله تعالى يحكم بينهما على وجه المناصفة. لأن مقصود كل منهما بعد موت الراهن هو الاستيفاء من الرهن بأن يباع لدينه وهو قابل للشركة ونظيره ما إذا برهنا على نكاح امرأة لا يقبل فإذا برهنا بعد موتها قبل لأن مقصودهما المال فيقتضى لكل نصف ميراث زوج (شرح المجمع).

وأما إذا كان في يد واحد منهما فقط يترك في يده لأن قبضه دليل على سبقه (شرح المجمع الدر المختار ورد المحتار).

الخاتمة

في بيان دعوى الرهينة والاستيداع أو البيع أو الهبة أو التصدق مع التسليم في مال

مسألة ١٥ ـ ترجح بينة الرهن على بينة الوديعة. كما لو ادعى رجل بأن هذا الشخص أخذ مني هذا المال الموجود في يده على سبيل الوديعة وادعى ذلك الشخص أنه أخذه رهناً ترجح بينة ذلك الشخص أي المرتهن.

لأنه في استطاعته أن يرد الرهن على الإيداع فيعتبر كأنه أودع أولاً ثم رهن بعده وفي هذه الصورة يكون شهود الطرفين صادقين في شهادتهم.

مسألة١٦: ترجح بينة البيع على بينة الرهن. فبناءً عليه إذا ادعى رجل أنه باع هذا المال إلى هذا الشخص وادعى ذلك الشخص انه رهنه وسلمه اياه وأقام الإثنان البينة وأثبتا المدعى ترجح بينة البيع. فيعتبر كأنه رهن أولاً ثم بيع مؤخراً فتبطل الرهنية. وفي هذا التقدير أيضاً يعد شهود الطرفين صادقين في شهادتهم.

مسألة ١٧: ترجح بينة الهبة والقبض على بينة الرهن. بناءً عليه إذا ادعى الراهن الرهن والتسليم وادعى المرتهن الهبة والقبض ترجح بينة الهبة والقبض. ولكن إذا ادعى الواحد من الخارجين الرهن والقبض في المال الموجود في يد الشخص الثالث والخارج الآخر ادعى الصدقة والقبض. ترجح بينة الرهن والتسليم. ما لم يثبت ذلك الخارج الآخر أن القبض الواقع بحكم الهبة حصل قبل وقوع الرهن.

مسألة١٨: إذا ادعى رجل الشراء والقبض في مال وادعى شخص آخر الرهن والقبض في ذلك المال وأقام الإثنان البينة وأثبتا مدعاهما فإن كان المال المذكور في يد الراهن ترجح بينة المشتري. ما لم يعلم أن الرهن وقع في تاريخ أقدم. وإن كان المال المذكور في يد المرتهن ترجح بينة الرهن. ما لم يثبت أن تاريخ الشرا مقدم.

تاريخ الإرادة السنية: ٢٥ صفر ١٢٨٨

الكتاب السادس

الأمانات

الأمانات

الأمانة ثلاثة أقسام. لأن معاملة الإنسان اما أن تكون مع ربه أو مع العباد أو مع نفسه. والرعاية للأمانة لازمة فيها كلها. ورعاية الإنسان للأمانة مع ربه تكون بإجراء جميع المأمورات وترك كافة المنهيات وكل شيء يكلف الله الإنسان به فهو أمانة واجبة التأدية على الإنسان المكلف وهذا القسم من الأمانة شبيه ببحر ليس له ساحل.

وأمانة الإنسان مع العباد أيضاً تكون بمحافظته على حقوق كافة مخلوقات الله كأولاده وزوجته ومماليكه وأصحابه وجيرانه وعموم أبناء جنسه وبعدم خيانته لهم بشيء من الأشياء. والأمانات المبحوث عنها في هذا الكتاب هي من هذا القبيل أي من جملة أمانة الإنسان مع العباد. ورعاية الإنسان للأمانة مع نفسه أيضاً عبارة عن اختيار الإنسان ما كان أصلح وأنفع له في الدنيا وحفظه ووقاية نفسه مما هو مضر لها في العقبى (شيخ زاده على تفسير القاضي).

المقدمة

في بيان الإصطلاحات الفقهية المتعلقة بالأمانات

في بيانِ بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالأمانات. الأمانات جمع أمانة وتعرف الأمانة في المادة الآتي ذكرها.

والأمانة وإن كانت في الأصل مصدراً أي بمعنى كون الإنسان أميناً فقد جمعت هنا باعتبار تسميته اسم المفعول بالمصدر (شيخ زاده).

ذكر الأمانة بصيغة الجمع مبني على تعدد أنواع الأمانة المبحوث فيها هنا مثل اللقطه والوديعة والعارية.

وجمع بعض المسائل العائدة للقطة والوديعة والعارية في كتاب واحد في المجلة هو أن كلاً منها مذكور تحت عنوان (كتاب) في أكثر كتب الفقه وحيث إن الثلاثة مع اتحادها من جهة كونها أمانة بسبب قلة المسائل المتعلقة بها فكان جمعها في كتاب واحد تحت عنوان كتاب الأمانات مناسباً. وفي الواقع أن المأجور أيضاً أمانة في يد المستأجر على ما ذكر في المادة (٦٠٠). وقد ذكر في المادة (١٣٥٠) ان مال الشركة أيضاً أمانة في يد المشاركين. ولكن بالنظر لكثرة مسائل الإجارة والشركة فقد وجد من المناسب إيرادها في كتاب مستقل.

بحث ابن نجيم في اشباهه تحت عنوان كتاب الأمانات في اللقطة والوديعة والعارية ومال الوقف الذي في يد المتولي ومال اليتيم الذي في يد الأب والحاكم أو الوصي وسرد بعض أحكام هذه الأمانات ولكن لم توضع الأمانات التي هي كمال الوقف وغيره موضع البحث في المجلة.

بناءً على ذلك لم تكن المجلة أول من وضع وأسس أصول ذكر اللقطة والعارية والوديعة. تحت عنوان (كتاب الأمانات).

وكما ان حفظ الأمانة موجب للسعادة في الدارين فالخيانة للأمانة تستلزم الشقاء. وقال ﷺ الأمانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر. (تكملة رد المحتار).

﴿المادة ٧٦٢﴾ الأمانة هي الشيء الموجود عند الشخص الذي اتخذ أميناً. سواءً أجعل أمانة بعقد الاستحفاظ كالوديعة أم كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار. أو صار أمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد. كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره فنظراً لكونه لم يوجد عقد فلا يكون ذلك المال وديعة عند صاحب البيت بل أمانة فقط.

الأمانة لغة مصدر بمعنى كون الإنسان أميناً.
وفي إصلاح الفقهاء الأمانة هي الشيء الموجود عند من اتخذ أميناً يعني المال.
والوديعة في اصطلاح الفقهاء المال الذي يودع عند شخص بقصد الحفظ (تكملة رد المحتار والدر)

وعرفت الوديعة في بعض الكتب الفقهية بعلاوة قيد «فقط» على تعريفها وقصد بذلك القيد إخراج العارية لأن العارية تعطى لأجل الحفظ ولأجل الانتفاع معاً (تكملة رد المحتار).

بيد أنه وإن كان الحفظ مقصوداً في سائر الأمانات كما هو معقود في العارية كما جاء في شرح المادة الآنفة فهذا المقصود ليس المقصود الأصلي والمقصود الأصلي فيها هو شيء آخر والحفظ ضمني.
بناءً على ذلك وحيث إن الأمانات السائرة تبقى خارجة بتعبير (لأجل الحفظ) الوارد في التعريف فلم تر المجلة لزوماً لذكر وعلاوة قيد (فقط).

سؤال ـ تعريف الوديعة هذا مع عدم موافقته لتعريف الفقهاء يوجد فيه تكرار. لأن الفقهاء عرفوا الأمانة بهذه الصورة ((الأمانة التي تترك لأجل الحفظ)). فها قد فهم أنه غير موافق لتعريف الفقهاء. والمجلة ذكرت الإيداع في التعريف نظراً لمعنى الإيداع المذكور في المادة الآتية لدى التعريف تحصل هذه المجلة ((المال الذي تحال محافظته إلى شخص لأجل الحفظ)) ويكون على هذا الوجه وجد التكرار.

الجواب ـ حيث إن لفظ إيداع الواقع في هذا التعريف مستعمل لغة بمعنى الوضع أمانة يكون هذا التعريف عين تعريف المجلة. يعني أن التعريف المذكور يصير هكذا: الوديعة هي المال الذي يوضع أمانة عند شخص. وكما أنه ذكر في القاموس أن لفظ إيداع مستعمل بمعنى وضع شيء أمانة. ففي هذه الصورة لفظ إيداع محمول على التجريد وبتعبير آخر لفظ إيداع بمعنى مجرد الإحالة إلى الغير. فيجاب على السؤال بهذه الصورة ولا لزوم لارتكاب المجاز غير المناسب في التعريف.

﴿المادة ٧٦٤﴾ الإيداع إحالة الشخص محافظة ماله إلى آخر ويقال للمحيل مودع بكسر الدال وللذي قبل وديع ومستودع بفتح الدال.

الإيداع والاستيداع إحالة شخص محافظة مال نفسه صراحة أو دلالة إلى آخر ويقال للشخص الذي قبل الإحالة وديع على وزن فعيل بمعنى اسم المفعول ومستودع بفتح الدال ومودع بفتح الدال أيضاً (التنوير ومجمع الأنهر وشبلي).

الإحالة صراحةً: تكون بقوله كلاماً مثل أودعتك مالي هذا أو أعطيته أمانةً.

الإحالة دلالةً: مثلاً إذا أخذ رجل زقاً قد انفتح وسال الدهن منه في الطريق في غياب مالكه يكون التزم الحفظ دلالةً حتى إنه إذا تركه بعد ذلك على حاله وسال الدهن منه يضمن ما سال بعد أخذه أياه (تكملة رد المحتار). ولكن إذا لم يأخذه قط أو إن كان صاحبه حاضراً حينما أخذه ولم يترتب ضرر ما من حالة أخذه أياه ثم سال بعد ذلك وضاع لا يلزم الضمان (البحر).

سؤال، في مسألة الظرف لا يوجد إحالة محافظة. لأن الإحالة فعل المالك. وفي هذه المسألة التزام محافظته. لكن الالتزام فعل الأمين.

الجواب، المقصود هو إحالة الشرع. إذ أنه بأخذه الظرف قد التزم المحافظة شرعاً (تكملة رد المحتار) وحيث أن لفظ وديع لم تستعمل في المواد التي سيأتي ذكرها استعملت كلمة مستودع فذكر كلمة وديع في المادة (١٦٣٧) لا يفهم منه أنها متعينة في هذا الكتاب.

سؤال ـ هذا التعريف ليس جامعاً أفراده. لأنه بالنظر لوجود تعبير (مال ذاته) في التعريف فلا يكون متناولاً إيداع المستودع الوديعة لآخر يعني الإيداع المذكور في المادة ٧٩١. فبناءً عليه الأولى أن يقال ((الإيداع هو إحالة محافظة مال إلى آخر)).

الجواب ـ إذا أودع المستودع الوديعة إلى آخر بإذن المودع على الوجه المحرر في المادة ٧٩١ ففي هذا لا يكون في الحقيقة المستودع هو الذي أودع بل صاحب المال بحكم المادتين ١٤٦٠ و١٤٦٢ من المجلة.. والمستودع رسول بينهما.

سؤال ٢ ـ لكل من الشركاء أن يودع مال الشركة على ما جاء في المادة (١٣٧٩) والحال أن قسماً من المال الذي أودعه ليس ماله الخاص.

سؤال ٣ ـ جاء في المادة ٧٨ من المجلة أن للمستودع أن يحفظ الوديعة بمعرفة أمينة فكما أن الحفظ أيضاً هو إيداع فلأحد المستودعين عند تعددهم أن يحفظ الوديعة التي لا تقبل التقسيم بإذن الآخر على ما ذكر في المادة (٧٨٣) وهذا الاذن إيداع للوديعة بناء عليه فليس هذا التعريف جامعاً لأفراده.

الجواب على السؤال الثاني والثالث بما أن إيداع المستودع في هذه المسائل بإذن المودع دلالة فالمودع هو صاحب المال حقيقة كما هو مبين في الجواب الأول.

جواب آخر على الأسئلة الثلاثة جملة (كما يجوز التعريف بالمساوي والتعريف بـالأعم والتعريف بالأخص جائزان أيضاً عند بعض العلماء بناءً عليه فهذا التعريف مبني على أقوال العلماء هذه يعني هو تعريف بالأخص.

﴿المادة ٧٦٥﴾ العارية هي المال الذي تمتلك منفعته لآخر مجاناً أي بلا بدل ويسمى معاراً أو مستعاراً أيضاً.

العارية تجوز بتخفيف الياء وتشديدها والتشديد أفصح وفي ذلك لغة ثالثة أيضاً وهو عارة على وزن ناقة ومعناه لغة الذهاب والمجيء بسرعة مأخوذة من عار إذا ذهب أي من مصدرها إن أريد الاشتقاق عند البصريين وإلا فهو على ظاهره (باجوري) وفي اصطلاح الفقهاء هي المال الذي تمتلك منفعته لآخر مجاناً أي بلا بدل وكما يسمى معاراً ومستعاراً بضم الميم فيهما ولفظ العارية ليس منسوباً إلى العارة التي بمعنى المناوبة.

اختلاف الفقهاء في تعريف العارية فقد عرف الإمام الشافعي والإمام الكرخي العارية بأنها أباحة الانتفاع بملك الغير وذكر هذه الأدلة على كون العارية إباحة (أولاً) : تنعقد العارية بلفظ الإباحة (ثانياً) لا يشترط في العارية بيان المدة والحال أن التمليك بدون ذكر المدة ليس بجائز كما في الإجارة (أنظر المادة ٤٥٢) .

سؤال ـ الاتخاذ في اللغة مصدر بمعنى حصول الإنسان على شيء يعمله . فبناءً على هذا لايكون صنع ولا عمل في الأمانة التي تصل ليد شخص في حالة وقوع مال الجار في بيت جاره فيما إذا هبت الريح وألقت المال في البيت الآخر مثلاً لأن ذلك الجار لم يتخذ أميناً على المال المذكور من قبل صاحب ومالك الأمانة . فإذن القسيم مباين للمقسم .

الجواب ـ المقصود من الاتخاذ ليس اتخاذ مالك ذلك الشيء حصراً فقط بل سواءً أكان الاتخاذ من طرف مالك ذلك الشيء كما هي الحالة في المبيع المقبوض بإذن البايع في البيع الباطل وفي المأجور والوديعة والمستعار ومال المضاربة ومال الشركة .

ولا يشترط في هذه الأحوال أن يكون ذلك الشخص أميناً ومعتمداً في نفس الأمر أم من قبل الشريعة كما هو الأمر في اللقطة وفي المال الذي ألقته الريح في بيت الجيران . ولا شك بأنه إذا صار مال في يد شخص بدون عقد ولا قصد يتخذ الشرع الشريف ذلك الشخص أميناً أي يأمره بالمحافظة كي يرده أخيراً إلى صاحبه .

وسواءً أجعل ذلك الشيء أمانة بعقد الاستحفاظ كالوديعة وبما أن الأمانة لا تكون بعقد الاستحفاظ إلا في الوديعة (فكاف) التشبيه هنا زائدة أم كان أمانة ضمن عقد آخر صحيح أو غير صحيح كالمبيع الذي قبض بإذن البايع في البيع الباطل والمأجور والمستعار والمرهون ومال المضاربة ومال الشركة والمال المأخوذ من قبل الوكيل من جهة الوكالة .

إذ إن المأجور صار أمانة ضمن عقد الإجارة والمرهون ضمن عقد الرهن ومال المضاربة وغيره ضمن عقد الشركة والوكالة . ويستفاد من هذه التفصيلات أن عقد الإيداع كان لأجل الاستحفاظ فقط والأمانات الأخرى ليست لمجرد الإستحفاظ أي أن المقصود والأصلي فيه ليس الاستحفاظ بل شيء آخر غيره فالمأجور مثلاً وإن كان أمانة فالمقصود الأصلي فيه ليس الحفظ بل تمليك والحفظ فيها كما ذكر في شرح المادة (٦٠٧) تبعي وضمني عند الإمام الأعظم . لأن حفظ المأجور لازم لتأمين الإنتفاع المستأجر منه وسواء أصار أمانة في يد شخص بدون سبق عقد وقصد ما كمال اليتيم الموجود في يد الأب والحاكم واللقطة التي وجدها الملتقط فحفظها لأجل أن يعيدها إلى مالكها . أو صار أمانة في يد رجل بلا قصد .

فمال اليتيم الموجود في يد الوصي ومال الوقف الذي في يد المتولي والعين الموجودة في يد الموصى له بالانتفاع منها أمانة وليست وديعة (البحر) .

كما لو أسقطت الريح مال أحد على بيت جاره ففي هذه الحالة ونظراً لعدم وجود القصد والعقد لا

يكون ذلك المال وديعة ـ عند صاحب البيت ولا يكون أيضاً لقطة للعلم بصاحبه بل يكون أمانة فقط ولفظ (كما لو. . .) هذا مثال لفقره (بدون قصد وعقد. . .).

ويستفاد من الإيضاحات السالفة بين الأمانة والوديعة والأمانات السائرة عموم وخصوص مطلق.

والحمل في قولهم (الوديعة أمانة والمستعار أمانة والمأجور أمانة) من قبيل حمل الخاص على العام كالحمل في قولهم (كل إنسان حيوان) وهو حمل صحيح وأما عكسه أي حمل العام على الخاص كالقول كل حيوان إنسان لا يجوز.

مادة الاجتماع ومادة الإفتراق ـ يجتمع خصوص كون الشيء أمانة ووديعة في المال الذي أعطى ضمن عقد الاستحفاظ أي في الوديعة. يعني أن المال الذي أعطى لأجل عقد الاستحفاظ يكون أمانة ووديعة معاً. وأما إذا وقع مال شخص على بيت جاره بسبب هبوب الريح فيكون ذلك المال أمانة في يده وليس وديعة. فتفترق الأمانة عن الوديعة في هذا (تكملة رد المحتار).

بين الأمانة والوديعة فرقان مختلفان: الأول كما ذكر آنفاً وجود عموم وخصوص مطلق بينهما.

الثاني ـ اختلاف الأمانة عن الوديعة حكماً أيضاً في بعض الصور. مثلاً بينما كان المستودع بريئاً من الضمان في الوديعة ومثله الوكيل بالبيع والإيجار والاستيجار والمضارب والمستبضع والشريك عناناً أو مفاوضة ومستعير الرهن بعد مخالفته وعودته إلى الوفاق فلا يبرأ الأمين بعد المخالفة والعودة إلى الوفاق في سائر الأمانات، يعني حتى ولو أزال الأمين تعديه بقصد أن لا يتعدى مرة أخرى لا يزول حكم الضمان ولا تنقلب يد الغصب أي يد الضمان إلى يد الأمانة بمجرد إزالة التعدي بنية أن لا يتعدى مرة أخرى بعد أن يكون تعدى على الأمانة بل تبقى في ضمانه إلى أن يردها سالمة. وسيأتي إيضاح هذه المسألة في شرح المادة (٧٨٧) (البحر وتكملة رد المحتار ومجمع الأنهر ورد المحتار).

ويفهم من مطالعة هذا الكتاب أنه لم يبحث فيه في عموم الأمانة المذكورة بصورة مخصوصة بل أنه بحث في بعض الأمانات كاللقطة والوديعة والعارية ولكنه جرى البحث في المادة (٣٧٠) على أمانة المبيع باطلاً وفي المادة (٦٠٠) على أمانة المأجور وفي لاحقة شرح المادة (٧٤١) على أمانة المرهون وفي المادة (١٣٥٠) على أمانة مال الشركة وفي المادة (١٤١٣) على أمانة مال المضاربة وفي المادة (١٤٦١) على أمانة المال المقبوض من قبل الوكيل بسبب الوكالة.

﴿المادة ٧٦٣﴾ الوديعة هي المال الذي يودع عند شخص لأجل الحفظ.

الوديعة لغة مشتقة من الودع الذي هو على وزن ردع ومعنى الودع الترك مطلقاً. وإن كان وزن فعيل يستعمل بمعنى اسم الفاعل كرحيم وبمعنى إسم المفعول كقتيل فيستفاد من تعريفه الشرعي الآتي أنه مستعمل هنا بمعنى اسم المفعول.

إذن فاستعمال وزن فعيل بمعنى اسم المفعول يكون تذكيره وتأنيثه سواءً حينما يتقدم موصوفه عليه وبناءً عليه وحيث أن تعبيري رجل قتيل وامرأة قتيل صحيح فالتاء التي في آخر كلمة وديعة ليست علامة

للتأنيث بل أنها علامة على انتقالها من معنى الوصفية إلى الاسمية .

واستعمال المصدر (ودع) وماضيه في اللغة واقع كما ورد في الحديث العالي (لينتهي أقوام عن ودعهم الجماعات) وفي الآية الجليلة ﴿ما ودعك ربك﴾ بتخفيف ودعك (الزيلعي) .

وإن كان الإمام الزنجاني قال في كتابه المسمى عزى وأماتو ماضي يدع أي أنهم تركوا استعمال الماضي الذي مضارعه يدع . ولا يقال ودعه وإنما يقال تركه ولا وادع وإنما يقال تارك «سعد الدين علي العزى» . وأجيب بأن المراد إنما أماتوه غالباً فلانياً في أنهم نطقوا به نادراً فيكون ههنا من قبيل النادر (الباجوري) .

ولكن حيث إن الشائع استعمال مصدره وماضيه من باب التفعيل يعني توديع وودع أو من باب أفعال أي إيداع وأودع فاستعملته المجلة من باب أفعال .

ثالثاً ـ النهي والمنع في العارية له عمل وتأثير والحال لا عمل ولا تأثير للنهي في التملك كالإجارة بناءً عليه إذا نهى المعير المستعير عن استعمال المستعار فليس للمستعير أن يستعمله وأما إذا نهى المؤجر المستأجر عن استعمال المأجور في مدة الإجارة فلا حكم لذلك النهي وللمستأجر أن يستعمله ويستوفي المنفعة المعقود عليها أو ما كان مساوياً لها أو ما دونها .

رابعاً ـ إجارة المستعار لآخر لا تجوز فلو كانت الإعارة تمليكاً يلزم أن يكون للمالك تمليك وإجارة مملوكة (الزيلعي) كما كان للمستأجر إيجار وتمليك المنفعة التي ملكها بعد الإجارة للآخر . (راجع المادة ٤٢٨) وشرحها .

وذهب علماء آخرون إلى أن العارية عبارة عن التمليك ويستفاد من التعريف أن المجلة اختارت هذا القول . وأدلة هؤلاء هي هذه :

أولاً ـ لو كانت العارية كما ذكر عبارة عن الإباحة لما كان للمباح أن يبيحها للآخر مثلاً متى أبيح الطعام لأحد فمع أن له أن يأكل ويتناول منه فليس له أن يبيحه ويطعمه غيره ولما جاز للمستعير إعارة المستعار الآخر والحال أن عبارة للآخر جائزة على ما ذكر في المادة «٨١٩» (الزيلعي) .

ثانياً ـ انعقاد الإعارة بلفظ التمليك يشهد على تمليك وليست أباحة (البحر) .

والصحيح هو المذهب القائل بأنها تمليك وبما أن عامة الحنفية ذهبوا لهذا القول فالمجلة اختارته أيضاً (تكملة رد المحتار) .

ويمكن اعطاء الجواب على أدلة القائلين بأنها إباحة على الوجه الآتي :

الجواب على الأول ـ الاعتبار في العقود للمقاصد والمعاني وليس للألفاظ والمباني (أنظر المادة (٣) .

الجواب على الثاني ـ بما أن العارية ليست عقداً لازماً وأن للمعير الرجوع متى شاء فجهالة المدة لا توجب النزاع . وكل جهالة لا تكون جالبة للنزاع لا تستلزم فساد العقد . كبيع المجهول الذي لا يحتاج إلى تسليم وتسلم . راجع شرح المادة (٢٠٠) . وأما المعاوضات كالإجارة فحيث إنها لازمة وإن الجهالة

فيها تؤدي إلى النزاع فتعيين المدة لازم فيها (الزيلعي) ولذلك قيدت المجلة المنفعة في الإجارة بقيد (معلومه) وتركت هذا القيد هنا.

الجواب على الثالث - حيث إن العارية ليست من العقود اللازمة وإن للمعير حق الرجوع متى أراد بحكم المادة (٨٠٦) فلا عمل ولا تأثير للنهي. يعني أن هذا النهي يكون رجوعاً عن الإعارة.

الجواب على الرابع - إن عدم جواز إجازة المستعار لآخر كما سيوضح في شرح المادة (٨٢٣) مبني على استلزامه شيئاً غير جائز كلزوم ما لا يلزم أو عدم لزوم ما يلزم وليس ناتجاً عن كونه غير تمليك حتى انه إعارة المستعار لآخر جائزة بسبب أن الإعارة تمليك. (راجع المادة ٨١٥).

تقسيم التمليكات: الشيء الذي يملك إما أن يكون مالاً أو منفعة وعلى كلا التقديرين أما أن يملك في مقابله بدل أو مجاناً فتمليك المال في مقابلة بدل يكون بيعاً والتمليك مجاناً يكون هبة كما وإن تمليك المنفعة في مقابلة بدل يكون إجارة وتمليك المنفعة مجاناً يكون عارية.

فبين تمليك المنفعة وتمليك العين بحسب التحقيق عموم وخصوص مطلق. لأنه أينما يوجد تمليك العين يوجد تمليك المنفعة. أفلا يرى أنه من ملك شخص مالاً بالاشتراء أو بالهبة يصير مالكاً أيضاً لمنفعته. ولا يلزم من وجود تمليك المنفعة تمليك العين كما هي الحال في الإعارة والوصية.

فلنشرح الآن القيود الواقعة في التعريف:

القيد الأول «مجاناً» - قيد مجاناً هنا مربوط بالتمليك وموقعه بحسب المعنى بعد قيد منفعته، فبقيد (مجاناً) يبقى المأجور خارجاً كما وأنه بقيد «منفعته» أيضاً بقيت الأشياء التي ملكت أعيانها خارجة مثل القرض والمبيع والموهوب والموصى به بعينه. ولا مجال للقول أنه حيث إن القرض والمبيع يبقيان خارجين بقيد «مجاناً» فلا لزوم لإخراجها بقيد «منفعته» لأن التعريف: العارية هي المال الذي ملكت منفعته مجاناً يعني بلا بدل.

يتفرع بعض مسائل على خصوص كون العارية بلا بدل.

١ مسألة - نظراً لأن قيد «بلا بدل» معتبر في العارية فإذا استعار رجل من آخر عرصة على أن ينشيء عليها أبنية ويسكن فيها وتعود إلى صاحبها متى خرج منها لا يكون هذا العقد عارية بل إجارة فاسدة لأن المدة والأجرة مجهولتان. فبناءً عليه يصير البناء ملك المستعير ويأخذ المعير أجر مثل عرصته (الهندية في الباب الثاني من العارية). راجع المادتين (٤٥٠ و ٤٦٢) (البحر).

٢ مسألة - إذا شرطت تأدية ضريبة المستعار على المستعير يخرج هذا العقد من كونه اعارة ويصير اجارة فاسدة لأن ضريبة المستعار على المعير ولا يقاس على المادة (٨١٥).

والحيلة في عدم فساد الإجارة مع اشتراط الضريبة على المستأجر هي أن يضم مقدار الضريبة على بدل الإجارة وبعد أن يسمى بدل الإجارة على هذا الوجه يأمر المؤجر المستأجر بأن يعطي الضريبة من مقدار معين من البدل المذكور. ويصير المستأجر وكيلاً من طرف المؤجر على إداء هذه الضريبة من بدل الإجارة. راجع المادة (١٤٥٩). (البزازية).

القيد الثاني المنفعة ـ بما أن تعبير المنفعة هنا ذكر بصورة مطلقة فكما أنه يكون شاملاً لكل منفعة فالمال يكون شاملاً أيضاً لمنفعة جزء شايع من المال وبناءً على ذلك يستفاد من هذا أن إعارة المشاع القابل للقسمة وغير القابل صحيحة. وسواءً أعير إلى الشريك أو إلى أجنبي. كما أن إعارة الشيء الواحد إلى شخصين صحيحة أيضاً. وسواء أعير على أن يستعمل مناصفة أو بنسبة الثلث والثلثين أو أجملت كيفية لاستعمال ولم تفصل (رد المحتار في أول العارية).

سؤال ـ ورد في المادة (٤٢٩) إن إجارة المشاع غير جائزة. مع أن إعارته جائزة. فما هو الفرق بين الإجارة والإعارة في هذه المسألة؟

الجواب ـ إن الإعارة ليست معاوضة فهي مبنية على المسامحة. وأما الإجارة فبالنظر لكونها معاوضة فلا مسامحة فيها.

منفعة المستعار: كما وإن منفعة المستعار تكون بأشياء كاستعمال المستعار على ما سيذكر في المواد الآتية ورهن المال المستعار لآخر كما ذكر في كتاب الرهن ويمكن أن يكون أيضاً بإيجار المستعار إلى آخر وانتفاع لمستعير ببدل الإجارة (الهندية في أواخر كتاب العارية).

مثلاً لو أعطى المعير ماله لشخص آخر وأذن له بإيجاره للغير والانتفاع ببدله جاز وكان البدل المذكور ملك المستعير

أسئلة وأجوبتها على تعريف العارية:

السؤال الأول، يدخل في هذا التعريف المال الذي أوصيت منفعته. مثلاً لو قال رجل إذا توفيت فليسكن زيد في داري هذه مدة سنة واحدة فهذه المعاملة وصية بالمنفعة وحيث إن تعريف العارية يصدق عليها فلا يكون التعريف المذكور مانعاً لإغياره.

الجواب: المقصود من التمليك في الحال. ومال التعريف هو (المال الذي ملكت منفعته في الحال) وأما في الوصية فلا تمليك في الحال بل أنه مضاف إلى ما بعد الموت.

السؤال الثاني: هبة المنفعة تدخل في هذا التعريف. كما لو كان لشخص في عرصة شخص آخر حق مرور مجرد عن رقبة الطريق ووهب ذلك الشخص حق مرور هذا إلى صاحب العرصة صحت الهبة ولما كانت هذه الهبة إسقاطاً كانت داخلة في تعريف العارية ولم يكن التعريف مانعاً لإغياره.

الجواب: المقصود من التمليك التمليك بطريق الجواز يعني أن يكون للمالك حق الرجوع متى أراد وإلا ليس التمليك بطريق اللزوم. حتى إنه كما ذكر في المادة (٨٠٦) للمعير حق الرجوع متى شاء عن هذا التمليك. فحينما قصد من هذا التمليك هبة المنفعة كما هو محرر في الوجه المذكور أعلاه أي هبة حق المرور أبداً فلا تكون داخلة في هذا التعريف. وبناء عليه ليس من موجب لعلاوة عبارة (لاعلى التأييد) وأيضاً تعبير (ملكت) المذكور في التعريف لأجل إخراج هذه الهبة من تعريف العارية (عبد الحليم في العارية).

﴿المادة ٧٦٦﴾ - الإعارة هي الإعطاء عاريةً ويقال للشخص الذي أعطى معيراً

يطلق على الشخص الذي أعطى العارية معيراً. ويدل هذا التعريف على أن الإعارة مصدر قائم بالمعير.

سؤال: إذا أمعن النظر في تعريف العارية المدرج في المادة السابقة ووضع هذا التعريف يعني معنى العارية محله يصير هكذا: (الإعارة هي إعطاء مال ملكت منفعته مجاناً). مع ان الإعارة عرفت في الكتب الفقهية بهذه الصورة: (تمليك منفعة مال مجاناً يعني بلا بدل) فينتج من ذلك أن تعريف المجلة غير موافق لتعريف الفقهاء وغير مطابق لماهية الإعارة في نفس الأمر.

مثلاً لو قال المعير إني أعرتك فرسي هذه وسلمها إلى المستعير فالإعارة في نظر الفقهاء عبارة عن تمليك منفعة الفرس وفي نظر المجلة عبارة عن إعطاء الفرس إلى المستعير.

الخلاصة الإعارة بحسب تعريف المجلة عبارة عن إعطاء مال مخصوص وبحسب تعريف الفقهاء عبارة عن تمليك المنفعة ولم أصادف كتاباً يعرف الإعارة كما عرفتها المجلة.

﴿المادة ٧٦٧﴾ - الاستعارة هي الأخذ عارية ويقال للذي أخذ مستعيراً.

يطلق على الشخص الذي أخذ عارية مستعيراً. ويفهم من هذا التعريف أن الاستعارة مصدر قائم بالمستعير.

إذا فصل لفظ عارية المذكور في التعريف بحسب المعنى الذي سرد في المادة ٧٦٥ فالاستعارة نظراً للمحلة هي أخذ المال الذي ملكت منفعته مجاناً يعني بلا بدل. وأما نظراً للفقهاء فالاستعارة هي استملاك منفعة مال.

الباب الأول

في بيان بعض الأحكام العمومية المتعلقة بالأمانات

إن الحكم المذكور في المادة (٧٦٨) الآتي بيانها شامل لجميع الأمانات يعني للقطة والوديعة والعارية وعام لأمانات أخرى أيضاً وفي الحقيقة أن المادة المذكورة من أحكام الأمانات العمومية أنظر شرح المادة (٧٦٢). وأما أحكام المواد السائرة التي في الباب الأول هذا لا يظهر أنها من الأحكام العمومية والمادتان (٧٦٩) و(٧٧١). عصب ومركبتان من نوع واحد من الأمانة والمادة ٧٧. أيضاً مخصوصة في اللقطة.

﴿المادة ٧٦٨﴾ ـ الأمانة غير مضمونة. يعني على تقدير هلاكها أو ضياعها بدون صنع الأمين وتقصيره ولا يلزم الضمان.

في الأمانة قاعدتان.

القاعدة الأولى. الأمانة مضمونة على الأمين وحيث أنه يفهم من هذه الفقرة أن الأمانة لا تكون مضمونة حتى ولو هلكت بالتعدي أو التقصير ولذلك فسرته المجلة كما يأتي لكن تبين أن هذا الإطلاق غير مقصود. يعني إذا هلكت الأمانة أو فقدت أو طرأ نقصان على قيمتها في يد الأمين بدون صنعه وتعديه وتقصيره في الحفظ لا يلزم الضمان على الأمين المذكور. سواءً أهلكت بسبب ممكن التحرز منه كالسرقة أم بسبب غير ممكن التحرز منه كالحريق الغالب. وسواء أهلك مال الأمين مع الأمانة المذكورة أم لم يهلك وسواء أشرط الضمان أم لم يشرط راجع شرح المادة(٨٣).

ولهذا السبب كانت الأمانة اسماً للمال غير المضمون ويقال مثلاً للوديعة في المادة (٧٧٧) أمانة في يد المستودع أي أنها غير مضمونة (رد المحتار).

يتفرع على هذه القاعدة مسائل من أبواب علم الفقه المتفرقة وهاك بيان البعض منها:

١ ـ البيوع: المال الذي قبض بطريق سوم الشراء بدون تسمية الثمن أمانة في يد المشتري راجع المادة (٢٩٧)

٢ ـ المال الذي قبض بطريق سوم النظر أمانة في المشتري. راجع المادة (٢٩٩).

٣ ـ أحد المالين اللذين قبضا من قبل المشتري مع خيار التعيين أو الإثنان من الثلاثة أمانة في يد المشتري. أنظر المادة (٣١٨).

٤ ـ المال الذي بيع بالبيع الباطل وقبض بإذن البايع أمانة في يد المشتري. أنظر المادة (٣٧٠).

٥ ـ المقدار الزايد عن الدين من المال الذي قبض وفاءً وكانت قيمته أكثر من الدين. أمانة في يد المشتري. راجع المادة (٤٠١).

٦ ـ إجارة: المأجور أمانة في يد المستأجر. أنظر المادة (٦٠٠).

٧ ـ المستأجر فيه أمانة في يد الأجير. أنظر المادة (٦١٠).

٨ ـ رهن: المقدار الزايد عن الدين من قيمة الرهن أمانة في يد المرتهن. راجع لاحقة شرح المادة (٧٤١).

٩ ـ الأمانات: اللقطة أمانة في يد الملتقط. راجع المادة (٧٦٩).

١٠ ـ الوديعة أمانة في يد المستودع. أنظر المادة (٧٧٠).

١١ ـ الوديعة التي أعطاها المستودع لأمينه أمانة في يد الأمين المرقوم. راجع المادة (٧٨٠).

١٢ ـ إذا أرسل المستودع الوديعة مع أمينه إلى المودع فهذه الوديعة أمانة في يد الأمين المرقوم. أنظر المادة (٧٩٥).

١٣ ـ إذا توفي المستودع فالوديعة التي توجد عيناً في تركته أمانة في يد وصيه أو في يد الورثة. (راجع المادة (٨٠١).

١٤ ـ الغصب: زوائد المغصوب أمانة في يد الغاصب وتوضيح هذه المسألة في شرح المادة (٩٠٣).

١٥ ـ الإكراه: أثناء اشتراء الشخص المكره على الشراء ومال غيره بالإكراه وقبضه أياه بالإكراه أيضاً إذا قبضه بعد زوال الإكراه لقصد إعادته إلى صاحبه فهذا المال أمانة في يد المشتري المكره. ويأتي إيضاح هذه المسألة في مادة (١٠٠٦).

١٦ ـ الشركة: حصة أحد المشاركين في شركة الأموال أمانة في يد الآخر. أنظر المادة (١٠٨٧).

١٧ ـ مال الشركة أمانة في يد كل واحد من الشركاء. أنظر المادة (١٣٥٠).

١٨ ـ رأس المال أمانة في يد المضارب. راجع المادة (١٤١٣).

١٩ ـ الوكالة: المال الذي قبضه الوكيل والرسول من جهة الوكالة ومن جهة الرسالة أمانة في يدهما راجع المادة (١٤٦٣).

٢٠ ـ الوصية: إذا أوصيت منفعة مال إلى شخص وسلم بعد موت الموصي لذلك الشخص كي ينتفع به على موجب الوصية فالمال المذكور أمانة في يده (البحر).

استثناء: الفقرة المذكورة في مثال المادة (٧٧٧) وهي: (أو إذا سقط شيء من يده وانكسرت الساعة لزم الضمان) مستثناة من هذه القاعدة (الإشباه).

القاعدة الثانية، إذا هلكت الأمانة بسبب صنع الأمين وفعله أو تقصيره في أمر المحافظة أو من جهة مخالفة صاحب المال المعتبر شرعاً وغير الجائز مخالفته يكون الأمين ضامناً. ويتفرع على هذه القاعدة أيضاً مسائل من أبواب الفقه المتفرقة. فلنذكر بعضها:

١ ـ البيوع: إذا تعدى المشتري على المبيع في البيع بالوفاء وهلك يضمن. راجع المادة (٤٠١).

٢ ـ الإجارة: إذا تعدى المستأجر على المأجور أو خالف أمر المؤجر المعتبر يضمن. راجع المواد ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٩، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦.

٣ ـ إذا هلك المستأجر فيه بمخالفة الأجير لأمر مستأجره أو بتعديه يضمنه الأجير. راجع المواد ٥٧١، ٨٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١١.

مثلاً لو دخل شخص الحمام وترك ثيابه عند حارس الثياب وبعد دخوله رأى الحارس شخصاً آخر وهو يرتدي الثياب وظن أنه صاحبها لكن، تبين أن الثياب ليست له بل للشخص المار ذكره يضمنها الحارس المذكور كما لو نام الحمامي وسرقت الثياب فإن نام قاعداً لا يضمن وأما إذا نام مضطجعاً يضمن (مجمع الأنهر).

٤ ـ الكفالة: إذا كان عند رجل مال أمانة لشخص وكفل ذلك الرجل دين الشخص المذكور على أن يؤدي من ذلك المال وبعد ذلك أعاد المال إلى صاحبه يكون ضامناً. راجع المادة (٦٥٠).

٥ ـ الرهن: إذا تعدى المرتهن على المرهون وهلك يضمن قيمته. أنظر لاحقة شرح المادة (٧٤١) والمادة (٧٥٩).

٦ ـ إذا خالف العدل يضمن. راجع المادة (٧٥٤).

٧ ـ الأمانات: إذا قصر المستودع بالأجر في أمر المحافظة يضمن. راجع المادة (٧٧٧).

٨ ـ إذا تعدى المستودع على الوديعة وهلكت أو طرأ نقص على قيمتها يكون ضامناً. راجع المواد ٧٧٩، ٨٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٩٤، ٧٩٩، ٨٠١، ٨٠٢.

٩ ـ إذا تعدى المستعير على العارية وهلكت أو طرأ نقص على قيمتها يكون ضامناً. راجع المواد ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٣، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩.

١٠ ـ الشركة: إذا تعدى شريك الملك وهلك المال المشترك أو عرض نقص على قيمته يضمن الحصة العائدة إلى الشريك الآخر. راجع المادة (١٠٨٧).

١١ ـ إذا تعدى شريك العقد يضمن. أنظر المواد: ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨٢، ١٣٨٣.

١٢ ـ إذا تعدى المضارب يضمن. راجع المواد ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٣٠.

١٣ ـ الوكالة: إذا خالف الوكيل وترتب ضرر على موكله من ذلك يضمن الضرر. راجع المواد ١٤٩٤، ١٤٩٨، ١٥٠١، ١٥١٥.

﴿المادة ٧٦٩﴾ ـ إذا وجد شخص شيئاً في الطريق أو في محل آخر وأخذه على أن مالاً له يكون في حكم الغاصب وعلى هذا إذا هلك ذلك المال أو فقد يضمنه وإن لم يكن له صنع وتقصير وأما إذا أخذه على أن يعطيه لصاحبه فإن كان صاحبه معلوماً فهو في يده أمانة محضة ويجب عليه تسليمه إلى صاحبه. وإن كان صاحبه غير معلوم فهو لقطة وأمانة في يد الملتقط أي الشخص الذي وجده وأخذه

إذا أخذ شخص مالاً ليس له لنفسه يكون غاصباً حكماً (الهندية ورد المحتار). سواءً كان عن علم أم جهل.

مثال أخذه عن علم: إذا وجد شخص شيئاً في الطريق أو في محل آخر كما المنقولات والحيوانات التي يفقدها صاحبها وأخذه ففي هذا ثلاثة احتمالات:

١ ـ إذا أخذه على أن يكون مالاً لنفسه يكون في حكم الغاصب. سواءً كان صاحبه معلوماً أم غير معلوم. راجع المادة (٩٦). وإنما يكون في حكم الغاصب لأن أخذ الرجل الشيء على أن يكون مالاً له ممنوع وموجب للضمان على ما سيذكر (رد المحتار).

وسبب القول هنا يكون في حكم الغاصب عوض عن القول يكون غاصباً هو أن الغصب كما سيوضح في تعريفه في كتاب الغصب يحصل بإزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة وحيث إن الشيء المذكور فقد يعني أن يد صاحبه لم توجد عليه فلا تكون اليد المحقة أزيلت يعني لا يكون المال المذكور نزع من يد صاحبه بناءً على أخذ الرجل المال المذكور على أن يكون مالاً له فإذا هلك ذلك المال في يده يكون ضامناً وإن لم يكن له صنع وتقصير في هلاكه راجع المادة (٨٩١). وعلى هذا التقدير إذا أعاد ذلك الرجل المال المذكور إلى المحل الذي وجده فيه لا يكون بريئاً من الضمان بل يبقى في ضمانه ما لم يرده إلى صاحبه. أنظر المادة (٨٩٢).

مثال أول إذا أخذ رجل شاتاً فرت من قطيع غيره والتحقت بقطيعه ظاناً أنها من غنمه وهلكت في يده يكون ضامناً وتوضح هذه المسألة في شرح المادة (٨٨١).

مثال ثان على الأخذ عن جهل: إذا وضع المستودع ضمن الثوب الموجود في يده وديعة ثوباً له ثم أعطى الثياب إلى صاحبها بناءً على طلبه ونسي ثوبه وأخذه المودع مع الوديعة وبعد اطلاع صاحب الوديعة على ذلك هلك الثوب في يده يكون ضامناً. وجهل المودع ليس بعذر (رد المحتار) راجع شرح المادة (٢) وفيه بحث وهو أنه إن كان ظاهر المسألة أن المستودع دفع ثوب الوديعة إلى صاحبه ناسياًفيه ثوبه فقد دفع المستودع ما له إلى غيره فكان هذا من قبل المادة (٧٧١) حيث دفع صاحب المال ماله إلى غيره والغير أخذه بإذن صاحبه فكيف يلزم عليه الضمان ولو بعد العلم به إلا أن يقال أن المقصود يلزم عليه الضمان إذا أخذه بعد العلم به واطلاعه عليه لنفسه وأخفاه عن صاحبه فكان هذا من قبيل المادة (٩٠١) ويقال ان المودع أخذ ثوب الوديعة بلا أمر من المستودع وكان فيه ثوب المستودع وذهب به فيلزمه الضمان حيث أخذ مال الغير بلا أمر من صاحبه. (الشارح).

٢ ـ وأما إذا كان أخذه الشيء بقصد إعطائه إلى صاحبه معلوماً فهو أمانة صرفة وليست اللقطة كالمال الذي يسقط من السكران أو من غيره وهو ذاهب في الطريق ويأخذه رجل آخر بعد أن يرى الشخص الذي سقط منه ذلك المال.

كما لو وجد شخص في حائط البيت الذي اشتراه نقوداً مدفونة فينظر. إذا أدعى البايع أنها ملكه

تكون له ويجب على المشتري أن يعطيها له. وأما إذا قال البائع أنها ليست ماله فتكون لقطة «رد المحتار» المقصود من ذلك الشيء الشيء المفقود كما ذكر في شرح الفقرة الأولى.

ويحترز بتعبير «فقد» من مسألتين:

المسألة الأولى ـ الأشياء التي رماها وتركها صاحبها قصداً فكما أنها لا تعد لقطة لا يلزم ردها لصاحبها ولو كان معلوماً. مثلاً في زماننا عندما يعطل أصحاب الكروم والبساتين كرومهم وبساتينهم يتركون بقايا العنب والبطيخ ويترك أصحاب المزروعات أيضاً بعد الحصاد بقية السنابل في الحقول. فإن كان ترك أصحابها هذه الأشياء كي يأخذها من شاء فلا بأس في أخذها فهي بحكم المباح مع معلومية أصحابها «الهندية» كما ان الأشياء السريعة الفساد والمعتاد رميها والتي ليست ذات قيمة لا تعد لقطة وبناء عليه الكمثرى مثلاً المعدودة من الأثمار إذا وجدت في النهر الجاري لا تكون لقطة وحيث أن أصحابها رموها قصداً ومعلوم أنهم لا يطلبونها فأخذها لأجل تملكها جائز «عبد الحليم عن الخلاصة».

وأما الأشياء القيمة التي يسارع الفساد إليها كالأشجار والأخشاب إذا وجدت في النهر الجاري فتكون لقطة إن كان أصحابها غير معلومين

المسألة الثانية ـ الأشياء الموجودة في يد أصحابها والتي لم تفقد ليست لقطة. مثلاً لو أخذ شخص خفية أو جهراً وقهراً مال شخص آخر من جيبه أو من بيته بدون إذن المالك بنية أن يعيده له يكون سارقاً أو غاصباً.

بناءً عليه إذا كان ذلك المال موجوداً يلزم رده وتسليمه عيناً لصاحبه وإن كان صاحبه توفي فلجميع ورثته وإن لم يكن له ورثة فلبيت المال. راجع المادة «٧٩٤» وإذا كان قد هلك بلا تعد ولا تقصير لا يلزم ويلزم إن كان هلاكه بتعد وتقصير. راجع المادة السابقة وشرحها.

فها إن المال الذي يعلم صاحبه لا يكون لقطة عند بعض الفقهاء. وبناءً عليه لا حاجة للاشهاد ولا للإعلان لأجل التفتيش على صاحبه كما جاء في المادة (٧٧٠). وفي قول أن هذا لقطة وعليه أيضاً لا حاجة للإعلان. والمجلة بتعبير «محضة» اختارت القول الأول.

٣ ـ وإن كان صاحبه غير معلوم فهو لقطة وأمانة في يد الملتقط.

وإذا وجد للقطة شخصان فكلاهما يعرفان ويكونان مشتركين في حكم اللقطة. وذكر لفظة شخص الوارد في صدر المادة ليس احترازاً من الإثنين أو أكثر بل القصد منه التنكير والتعميم يعني أياً كان من الناس. وفي هذه الفقرة بيان تعريف اللقطة وبيان حكمها معاً.

مسائل اللقطة في الكتب الفقهية مستقلة في كتاب تحت عنوان «كتاب اللقطة» وفيها تفصيلات مهمة ولكن حيث إنه لم يذكر في المجلة إلا مسائل قليلة تتعلق بها وجب أن نوسع هذا المبحث ونفصل بعض التفصيل.

المسائل العائدة لها. والمسائل المذكورة عبارة عن الأحكام الآتية:

أولاً ـ تعريف اللقطة

ثانياً ـ أركان اللقطة
ثالثاً ـ شرائط اللقطة
رابعاً ـ حل أخذ اللقطة
خامساً ـ الإشهاد والإعلان اللازمان في اللقطة والاستغناء بالواحد منهما عن الآخر.
سادساً ـ محل إشهاد اللقطة
سابعاً ـ إعادة اللقطة إلى محلها بعد أخذها
ثامناً ـ زمان إعلان اللقطة ومدته ومقداره.
تاسعاً ـ تسليم اللقطة إلى الذي طلبها مدعياً أنها ماله
عاشراً ـ المعاملة التي يجب إجراؤها على تقدير عدم ظهور صاحبها
حادي عشر ـ صورة تدارك تسوية نفقة اللقطة

١ ـ تعريف اللقطة: اللقطة هي المال الذي فقد ووجده آخر وكان غير مباح ومالكه غير معلوم. سواء أفقد من مالكه أم من المستأجر والمستعير الغاصب. وسواء أكان سبب الفقد سقوط المال بدون علم أم النوم أم الفرار أم ترك الحمل لثقله. (الباجوري).

يفهم من هذه التفصيلات أن المال الذي وجد يكون أمانة سواء أكان صاحبه معلوماً أم غير معلوم وإنما الفرق بينهما: أنه إذا كان صاحب المال معلوماً فلا يكون لقطة وإن كان غير معلوم فهو لقطة.

إيضاح القيود:

فقد: بهذا التعبير تبقى الأموال التي في المنازل وعند محافظيها خارجةً. وآخذ هذه الأموال سارق أو غاصب. ويجيء تعريف وبيان أحكامه في الكتاب الثامن.

بناءً على ذلك أن الحيوانات التي توجد في المنازل وفي جوار القرى وفي المراعي وفي أطراف العشائر والبدو والرحل وبجوار القوافل النازلة في محل لا تعد لقطة ومن أخذها يكون غاصباً أو سارقاً.

وبتعبير (فقد) يبقى المال الذي ألقاه صاحبه قصداً خارجاً. وإلقاء مال بهذه الصورة أباحة. مثلاً لو رمى شخص مالاً وقال من وجده فهو له فكان لمن سمع هذا الكلام بالذات حق أخذ وتمليك المال المرقوم كما ان للشخص الذي لم يسمع القول بالذات وإنما الخبر الذي سمعه بالواسطة صلاحية في أخذ المال وتملكه. وكذلك كما ان اخذ الدراهم التي تنثر في الاعراس والولائم واستملاكها جائز فالشرب من الماء الموضوع أمام الباب خصوصاً حتى يشرب منه الناس جائز أيضاً.

كذلك إذا غرس رجل شجرة ذات فاكهة في مفازة ليست ملك أحد وأباح ثمرها للناس جاز للكل تناول ثمارها.

مالكه غير معلوم: بهذا التعبير تخرج الأمانة التي مالكها معلوم وترد هذه الأمانة إلى صاحبها ولا حاجة للإعلان. ويفهم من مادة المجلة هذه أن المال ليس لقطة (عبد الحليم).

غير مباح: بهذه العبارة يخرج المال الذي يغتنم من الحربي أثناء المحاربة. ويطلق عليه غنيمة وهذا المال ليس لقطة.

المال: بهذا اللفظ يبقى اللقيط خارجاً. يعني ان ما وجد إن لم يكن مالاً وكان ولداً فلا يقال له لقطة بل يسمى لقيطاً. وفي الكتب الفقهية مسائل تتعلق باللقيط. وحيث إنه لا يوجد في المجلة مسائل عائدة له صرف النظر عن تصريف أحكامه.

٢ ـ أركان اللقطة: أركان اللقطة ثلاثة أشياء: اللاقط أي آخذ اللقطة؛ الملقوط أي اللقطة؛ اللقطة يعني أخذ اللقطة (الباجوري).

٣ ـ شروط اللقطة: يشترط أن يكون الملتقط عاقلاً، يعني إذا كان الملتقط عاقلاً فالتقاطه صحيح.

بناءً عليه إذا أخذ شخص اللقطة جبراً من يد الملتقط العاقل أو فقدت اللقطة ووجدها شخص آخر فللملتقط أن يدعيها ويستردها منه لأنه أسبق وإن كان الملتقط فقيراً فله حق تملكها بعد الإعلان (رد المحتار).

كما إن أخذ الصبي المميز اللقطة جائز أيضاً وفي هذه الصورة كان الصبي المميز مأذوناً يجري الإعلان المسرود في المادة الآتية وليه أو وصيه.

حتى إنه إذا كان الصبي مقتدراً على الإشهاد في المحل الذي أخذ اللقطة منه وتركه لزمه الضمان. وأما إذا كان الملتقط غير عاقل فالتقاطه غير صحيح.

بناءً عليه، التقاط المجنون والسكران والمعتوه والمنهوش غير صحيح. حتى إنه إذا أخذ مجنون مالاً لقطة وانتزعه منه شخص ثم أفاق المجنون فليس له أن يدعي ويأخذ اللقطة من الشخص المذكور (رد المحتار).

٤ ـ حل أخذ اللقطة: اختلف في المال المفقود إذا بقصد رده إلى صاحبه هل هو حلال أم حرام. فقال بعض العلماء بما إنه في هذا الأخذ والالتقاط وضع يد مال الغير بلا إذن فبحكم المادة (٩٦) لا يكون أخذه والتقاطه حلالاً.

وقال غيرهم بجواز الالتقاط. والدليل على جواز الإلتقاط هذا الحديث الشريف: «من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل». ولكن يجوز أيضاً عدم أخذ اللقطة من المحل الذي وجدت فيه وعند بعض العلماء هذا هو الأفضل. لأن صاحبه يفتش عليه في المحل الذي فقد منه ويجده. ويظفر بماله. «فتح القدير». هل الأولى أخذ اللقطة أو عدم أخذها؟ هذه الجهة تحتاج إلى إيضاح. المستفاد من المجلة ان أخذ المال المفقود بقصد رده إلى صاحبه جائز. سواء أكان هذا المال برذوناً أو حيواناً آخر أو طيراً أو أمتعة أو أشياء أخرى كالذهب والفضة. فإن كان الملتقط أميناً من نفسه فأخذه لأجل رده وإعادته أفضل. لأنه حيث ان ضياع اللقطة متوهم هناك يجب أخذها واعلانها لأجل صيانة وحفظ أموال الناس. مع إن عدم التقاط اللقطة جائز أيضاً. لأن صاحبها يفتش عليها في المحل الذي فقدها ويجدها ويظفر بماله. وأما إذا لم يكن أميناً من نفسه ولحظ أنه يستهلكها بسبب حرصه وطمعه فالأولى أن لا يلتقطها «الفتح والهداية

وعبد الحليم». وإنما على تقدير حصول الخوف من هلاك اللقطة في المحل الذي وجدت فيه وكان الشخص الذي وجدها أميناً فالتقاطها لازم وواجب وترك هذا اللزوم موجب للاثم ولا يستلزم الضمان. يعني في تلك الحال لا يلزم الشخص الذي لم يلتقطها الضمان على تقدير ضياع اللقطة المذكورة «عبد الحليم ومجمع الأنهر».

وأما إن كانت اللقطة شيئاً من المعلوم أن صاحبها لا يطلبها ولا يفتش عليها كقشور البطيخ والرمان وفضلات الخضرة فيعتبر رميها والقاؤها اباحة فللذي وجدها الإنتفاع بها بدون أن يكون مجبوراً على الإشهاد والإعلان. ولا اختلاف بين العلماء في هذا. ولكن بما أن هذه الأشياء ستبقى في ملكية مالكها فلصاحبها استردادها من يد الآخذ إذا وجدت عيناً، لأن رميها اباحة وليس تمليكاً. وفي الاباحة حيث إن المال الذي أبيح لا يخرج من ملكية صاحب المال فحق استرداده باق «فتح القدير».

٥ ـ الإشهاد والإعلان اللازمان في اللقطة والاستغناء بأحدهما عن الآخر: متى تكون اللقطة أمانة في يد الملتقط يلزم لها ثلاثة شروط:

الأول: عند أخذ اللقطة ورفعها من المحل الذي وجدت فيه أن تؤخذبقصد إعادتها إلى صاحبها. أفيد هذا الشرط في المحلة بفقرة «إذا أخذه بقصد إعادته إلى صاحبه».

الثاني: الإشهاد عند التقاط اللقطة. وهذا الشرط غير موجود في المجلة.

الثالث: الإعلان بعد التقاط اللقطة. وهذا الشرط مذكور في المادة (٧٧٠).

فلنوضح الشرط الثاني: إذا قال الملتقط بحضور شاهدين أثناء التقاطه اللقطة يعني عندما يرفع اللقطة من المحل الذي يجدها فيه انه وجد اللقطة وأخذها على أن يردها لصاحبها يفهم حينئذ أنه أخذها حتى يردها لصاحبها. وحيث ان المقصد من الإشهاد إثبات الالتقاط لأجل رد اللقطة إلى صاحبها لدى الإيجاب يجب أن تكون الشهود أشخاصاً عدولاً ومقبولي الشهادة. ويحصل الإشهاد بقول الآخذ للشهود. عندي شيء مفقود أخبروا عني كل من سمعتم بأنه يفتش على اللقطة ويقال لهذا «الإشهاد على اللقطة». والإشهاد لازم سواء أكانت اللقطة ذات قيمة أو كانت لا أهمية لها. ولا يلزم في الإشهاد التصريح بلفظ اللقطة أو بيان جنسها بأن اللقطة ذهب أو فضة (رد المحتار، عبد الحليم).

المال الذي يلتقط تحت هذه الشروط يكون أمانة.

وتتفرع المسائل الآتية على كون اللقطة أمانة.

أولاً ـ إذا هلكت اللقطة في يد الملتقط بلا تعد ولا تقصير أو طرأ نقصان على قيمتها لا يلزم الضمان راجع القاعدة الثانية في شرح المادة (٧٦٨) وإذا ادعى الملتقط أن اللقطة هلكت في يده بلا تعد ولا تقصير يصدق مع اليمين حسب المادة (١٧٧٤).

ثانياً ـ للملتقط أن يعطي اللقطة إلى أمينه لأجل الحفظ بناءً على المادة (٧٨٠) وإذا هلكت اللقطة في يد الأمين المرقوم بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الملتقط ولا أمينه الضمان بناءً على المادة (٩١) رد المحتار.

ثالثاً ـ إذا هلكت اللقطة أو فقدت بسبب تعدي أو تقصير الملتقط لزم ضمان جميع قيمتها وإذا

حصل نقصان في القيمة يجب ضمان النقصان المذكور. راجع القاعدة الثانية في شرح المادة الآنفة والمادة (٧٨٧) (الهندية).

رابعاً - إذا امتنع الملتقط عن تسليم اللقطة لصاحبها مع أنه مجبور عليه ثم هلكت بعد ذلك يكون ضامناً.

وأما كون الإشهاد والإعلان مغنياً أحدهما عن الآخر. فتعريف الإشهاد المذكور في المادة الآتية لا يفيد الإستغناء. يعني أن التعريف والإعلان أيضاً لازم بعد الإشهاد. وهناك قول الإعلان غير لازم بعد الإشهاد.

وأما الإعلان فهو لا يغني عن الإشهاد. بناءً عليه الإشهاد قبل الإعلان لازم فإذا حصل الإعلان بعد الالتقاط ففي هذا التعريف أن الإعلان لا يكفي للإشهاد الذي لم يجد «رد المحتار».

٦ - محل إشهاد اللقطة: يلزم أن يكون الإشهاد على اللقطة على الوجه المشروح آنفاً حين اخذها ورفعها. وترك الاشهاد في هذا الموضع يوجب الضمان. حتى ان الملتقط إذا كان مقتدراً على الإشهاد حين ما أخذ اللقطة من المحل الذي وجدت فيه ولم يشهد وتجاوز المحل المذكور يكون ضامناً (البزازية) ما لم تكن اللقطة في المفازة والصحراء ولم يوجد اناس يستشهد بهم أو أنه بتقدير الإشهاد يخاف من اغتصاب اللقطة من يده وترك الإشهاد لأحد هذين السببين فلا يوجب الضمان بالإجماع. لأن مشروعية الإشهاد إنما كانت لأجل صيانة الأموال يعني لأجل حفظ مال الغير وإعادته إلى صاحبه عند ظهوره فالإشهاد والحالة هذه مع العلم بأنه سيعتبر غاصباً يكون سبباً لضياع المال وليس لحفظه (الهداية والفتح). والقول مع اليمين - في أنه لم يتمكن من الإشهاد للأسباب المذكورة - قول الملتقط. يعني إذا قال الملتقط أنه لم يمكنه الإشهاد للسبب الفلاني يقبل مع اليمين بيد أنه إذا كان عدم الشهادة ناشئاً عن عدم وجود الشهود يلزم عليه أن يشهد بعدئذ حينما يظفر بالشهود وترك الإشهاد في ذلك الوقت يكون موجباً للضمان.

ولكن ترك الإشهاد بلا سبب لايوجب الضمان في مسألتين:

١ - مسألة، إذا لم يشهد الملتقط ولكن صاحب اللقطة أقر بأن أخذ الملتقط اللقطة ورفعه اياها كان بقصد ردها وإعادتها له وليس بقصد أن يمتلكها يبرأ من الضمان لأنه تصير حجة في حقهما (العناية).

٢ - مسألة، إذا ادعى الملتقط الذي ترك الإشهاد بغير عذر أن التقاطه كان لأجل رد اللقطة وإعادتها لصاحبها وقال صاحب المال أنه أخذها لأجل تملكها فعند الإمام أبي يوسف يقبل قول الملتقط مع يمينه بأنه لم يأخذها بقصد التملك. لأن صاحب المال يدعي الضمان ووجوب البدل على الملتقط وهذا ينكر. فنظراً للمادة (٨) من المجلة يكون القول لمن ادعى براءة الذمة والبينة بحسب المادة (٧٦) على المنكر وحيث أن ظاهر حال الإنسان الكامل يدل ويشهد على أنه لا يرتكب المعصية ويختار الثواب فأخذه والتقاطه جائز ويحمل على أن هذا الأخذ حلال. وهو أخذ الشيء لأجل إعادته إلى صاحبه وليس لنفسه. وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الإشهاد. ورجح قول الإمام ابي يوسف هذا بعبارة (وبه نأخذ). وترك الإشهاد موجب للضمان على كل حال عند الإمام الأعظم والإمام محمد. ورجح هذا المذهب

بالنظر إلى ظاهر صاحب الهداية. ولا يوجد قيد ولا إشارة في المجلة إلى ترجيح أحد هـذين المذهبين. ومع ذلك يمكن القول أن المجلة بعدم ذكرها لزوم الإشهاد قد قبلت هذا المذهب أي مذهب الإمام أبي يوسف.

إنما محل هذا الاختلاف المذكور آنفاً محتاج للإيضاح. ويحصل الاختلاف المذكور فيما لو اتفق صاحب المال والملتقط على كون المال لقطة وأما إذا قال الملتقط إني أخذت المال ورفعته بصفة لقطة على أن أعطيكه وادعى صاحب المال أنه لم يفقد مني بل أنت غصبته وحصل اختلاف بينهما على هذه الصورة فيلزم الضمان على الملتقط بلا تفصيل (رد المحتار والخيرية في اللقطة).

٧ ـ إعادة اللقطة بعد الأخذ إلى المحل الذي وجدت فيه: إذا أعاد الملتقط اللقطة الى محلها وتركها هناك بعد أن التقطها ففي ذلك مسألتان:

١ ـ مسألة: بعد أن التقط الملتقط اللقطة على أن يعطيها لصاحبها إذا أعادها الى المحل الذي وجدها فيه وتركها هناك اختلف في هذا فعلى ما ذكر في الخانية يبرأ من الضمان. سواء أعادها بعد أن تجاوز المحل الذي وجدها فيه أم قبل التجاوز. وظاهر الرواية أيضاً هو هذا (البحر). وهذا بخلاف ما ورد في الغصب في البزازية أنه إذا أعاد الملتقط اللقطة قبل مغادرة المحل الذي وجدها فيه وتجاوزه لا يلزمه الضمان. وإن أعادها بعد المغادرة والتجاوز تبقى في ضمانه إلى أن يعيدها ويسلمها لصاحبها سالمة.

٢ ـ مسألة: إذا أعاد الملتقط اللقطة إلى المحل الذي وجدها فيه بعد أن التقطها كي تكون مالاً لنفسه وليس لأجل اعطائها لصاحبها لا يبرأ من الضمان. وتبقى تحت ضمان الملتقط ومسئوليته إلى أن يسلمها إلى صاحبها سالمة (الخانية).

٨ ـ زمان إعلان اللقطة ومدته ومقداره: لا يلزم أن يكون الإعلان المذكور في المادة (٧٧٠) وقت الأخذ. فكما أن الإعلان يجوز وقت الأخذ فإذا أعلن بعد الإلتقاط بشرط أن يكون قبل هلاك اللقطة يكون صحيحاً ومعتبراً أيضاً وإذا أعلن بعد الإشهاد على الوجه المحرر يفهم أنه التقطها بقصد ردها إلى صاحبها وإنه لم يأخذها لنفسه لأجل تملكها. أنظر المادة ٦٨ (عبد الحليم).

وإن كان اختلف في مدة الإعلان فقد قيل أن لا تكون هذه المدة مخصصة بوقت كسنة مثلاً. وتكون مدة الإعلان مفوضة لرأي الملتقط فإنه يعلنها لوقت حصول الظن الغالب على أن صاحبها لن يطلبها أو لزمن لا يحصل فيه فسادها إذا كانت اللقطة من الأطعمة والأثمار مثلاً ببقائها مدة طويلة.

وإن كان إعلان الملتقط مرة كافياً لأجل دفع الضمان فالواجب تكرار الاعلان (الفتح).

٩ ـ صورة تسليم اللقطة لمن يطلبها مدعياً أنها ماله وأحكامها إذا ظهر صاحبها بعد ذلك:

الأسباب التي يجوز تسليم اللقطة إلى من يطلبها مدعياً أنها ماله ثلاثة:

أولاً: إثبات ذلك الشخص بالبينة أن اللقطة له وسيسرد تفصيلات بهذا الخصوص في المادة (٧٧٠) وشرحها.

ثانياً: إذا عدد شخص ووصف جميع علامات اللقطة الموافقة لنفس الأمر مثلاً على تقدير أنها نقود

إذا بين عددها وجنسها والكيس الموضوعة فيه فللملتقط أن يعطي تلك اللقطة إلى ذلك الشخص برضاه. يعني أنه لا يعاقب إذا أعطاه اياها. لكن إذا لم يعطها برضاه لا يجبر على قول بعض الفقهاء وله الحق أن يطلب بينة. وابن الهمام يرجح هذا القول.

كما لو ظهر شخصان ووصف كلاهما اللقطة على الوجه المذكور آنفاً وادعى كل منهما أن اللقطة ماله فللملتقط أن يعطيها لهما بالاشتراك بلا إجبار. ولكن في الأحوال المذكورة بفقرة (ثانياً) أعلاه للملتقط حق بأن يطلب كفيلاً من الشخص الذي سيسلمه اللقطة وأن يمتنع عن التسليم على تقدير عدم إعطائه كفيلاً.

ثالثاً ـ إذا ظهر شخص وادعى بأن اللقطة ماله وأقر الملتقط وصادق على ذلك يسلمه الملتقط اللقطة وإن لم يوصفها ويعرفها على الوجه المار ذكره. ولكن في الصورة الثالثة هذه إذا لم يسلم الملتقط اللقطة وطلب بينة يجبر على التسليم عند بعض الفقهاء ورجح المحقق ابن كمال هذه الجهة (عبد الحليم). ولا يجبر عند بعض الفقهاء الآخرين. لأنه حيث هذا الإقرار واقع على الغير فليس حائزاً صفة توجب الإلزام. وعليه فللملتقط حق بطلب البينة. وما جاء في الصورة الثانية والثالثة من أن الملتقط له أن يعطي اللقطة إلى ذلك الشخص هو بمعنى أنه على تقدير اعطائه وتسليمه لا يكون مستحقاً للتعزيز ولا مسؤولاً من جهة الآخرة حيث إنه استهلك مال الغير بتسليمه إلى شخص آخر ليس بمعني أنه يكون بريئاً من الضمان تجاه صاحبها الحقيقي.

بناءً عليه إذا سلم الملتقط اللقطة إلى شخص ببيان العلامة أو بالتصديق ثم ظهر شخص آخر وأثبت بالبينة أن اللقطة ماله فكما له أن يأخذ اللقطة عيناً إن كانت موجودة له الخيار إذا هلكت. فإن شاء ضمنها للملتقط وإن شاء للشخص الذي قبضها. راجع المادة (٩١٠). وإذا ضمنها للقابض فليس للقابض أن يضمنها للملتقط كما ذكر في شرح المادة (٦٥٨). وأما إذا ضمنها للملتقط فله أن يرجع على القابض والصحيح هو هذا. لأن إقرار الملتقط وتصديقه كذب بحكم الحاكم. وكأنه سلم بلا تصديق وفهم أخيراً أن اللقطة ليست ماله. (الفتح) راجع شرح المادة ٧٩ من المجلة والمادة ١٦٥٤. وقال بعض العلماء أن الأظهر هو هذا فإن سلم الملتقط على بيان العلامة وصار ضامناً تجاه صاحب اللقطة الحقيقي فله أن يرجع على الشخص الذي أخذها ببدل الضمان وأما إذا سلم بالإقرار والتصديق فليس له الرجوع (عبد الحليم) يعني قالوا أن في الصورة الثانية من الصور الثلاث التي ذكرت آنفاً رجوعاً وليس من رجوع في الصورة الثالثة.

استثناء:

إذا أقر الملتقط باللقطة لشخص وسلمت له بسبب لحوق الحاكم بالتسليم ثم ظهر شخص آخر وأثبت بالبينة أن اللقطة ماله لا يلزم الضمان على الملتقط.

١٠ ـ المعاملة التي يجب اجراؤها إذا لم يظهر للقطة صاحب:

إذا أعلن الملتقط وعرف بظرف المدة المذكورة متناً وشرحاً في المادة (٧٧٠) ولم يظهر صاحب اللقطة

يكون مخيراً بالتصرف في الوجوه الأربعة الآتي ذكرها :

١ ـ إن شاء يداوم على حفظ اللقطة لأجل صاحبها بعد المدة المذكورة وعند وفاته يوصي بها آخر حتى لا يدخلها ورثته في الميراث ولا يقتسموها . يعني أنه يبين أن هذا المال لقطة ويوصى بحفظه بعد وفاته «الفتح».

٢ ـ وإن شاء يضعها في بيت المال كي ترد إلى صاحبها عند وجوده بعد المدة المذكورة. ووجود خزينة في بيت المال لمحافظة اللقطات من مقتضيات الشرع الشريف.

٣ ـ وإن شاء أعطى اللقطة إلى الحاكم حتى يحفظها بعد المدة المذكورة. والحاكم يقرضها إلى غني إن كانت قابلة للاقراض. وإذا استقرضها الملتقط من الحاكم يجوز أيضاً. أو إن الحاكم يعطيها إلى غني بطريق المضاربة.

وإذا كانت اللقطة شيئاً يحتاج إلى البيع يبيعها الملتقط أو الحاكم ويحفظ ثمنها. وإذا باعها الحاكم ليس لصاحبها أن يفسخ البيع بعدئذ. وأما إذا كانت شيئاً قابلاً للفساد ولم يبعها الملتقط وهلكت لا يلزمه الضمان. راجع المادة (٧٨٥).

٤ ـ وإن شاء تصدق بها على فقير على أن يعود الثواب على صاحبها ويكون في هذه الصورة أوصل الحق إلى مستحقه. يعني وإن يكن الملتقط مجبوراً على إيصال عين اللقطة إلى صاحبها ولكن بما إن ذلك متعذراً أوصلها إلى مستحقها. على اعتقاد أن صاحبها يجيز ذلك. وإلا فكما أنه ليس له أن يتصدق بها على غني فليس له أن يتصدق بها على ولد الغني الصغير أيضاً (الهداية وعبد الحليم).

وإذا كان الملتقط فقيراً فله أن يتصدق بها على ولده الفقير وزوجته وأن يبيعها إذا كانت محتاجة للبيع ويصرف ثمنها على هذا الوجه. ولكن عند بعض الفقهاء إذا كان الملتقط فقيراً يجب أن يأخذ إذناً من الحاكم متى أراد أن يصرفها على نفسه. وإن قالوا أن صرفها بدون إذن لا يحل فعلى ما يفهم من إطلاق المتون الفقهية أن حل صرفه على نفسه بهذه الصورة لا يتوقف على إذن القاضي (عبد الحليم).

وإذا وجد صاحب المال بعد التصدق فإن أجاز التصدق يكون ثوابه عائداً عليه. وقيام اللقطة في يد الفقير ليس شرطاً في صحة هذه الإجازة وله أن يجيزه وإن كانت مستهلكة. وإن كان عدم لحوق الإجازة من مقتضى القواعد الفقهية في الحقيقة ولكن هذه المسألة أي مسألة الإجازة بعد هلاك اللقطة في يد الفقير مستثناة.

ولكن في الصورة التي يكون صاحب اللقطة قاصراً فهو غير أهل للتبرعات فليس لوليه أو وصيه أن يجيز التصدق. بل يجب عليه أن يضمن كما سيذكر راجع مادتي (٥٨ و ٨٠٩).

وإن كان الملتقط مختاراً في التصرف بالوجوه الأربعة المذكورة فلا يبعث هذا الاختيار إلى إبطال حق صاحب المال. فبناءً عليه في صور البيع والتصدق لصاحب المال حق التضمين كما يأتي:

حق التضمين في التصدق:

إذا تصدق الملتقط باللقطة على فقير أجنبي أو على نفسه لكونه فقيراً ثم ظهر صاحب المال وإن يكن التصرف المذكور مقترناً بإذن الحاكم . فإن كانت اللقطة موجودة عيناً فله أن يستردها ويأخذها من واضع اليد وإن كانت مستهلكة يضمنها للملتقط أو للفقير (الهداية) يضمنها للملتقط لأنه سلم مال الآخر بدون إذنه إلى الغير راجع المادة (٩٦) .

سؤال : نعم في الواقع سلمها بدون إذن صاحبها لكنه سلمها بإذن واباحة الشرع وحيث ان الجواز الشرعي مناف للضمان بموجب المادة (٩١) فما كان من اللازم أن يترتب الضمان .

الجواب : إن الثابت من الشارع هو الإذن بالتصدق وليس إيجاب التصدق . يعني أن الشارع لم يجعل التصدق باللقطة واجباً ولازماً على الملتقط . بل أنه رخص بالتصدق فقط (فتح القدير) وهو مختار في العمل بهذه الرخصة وعدمه . فلا يبقى بهذا الاعتبار متخلصاً من الضمان .

ويضمنها للفقير أيضاً . لأن الفقير أخذ مال الغير بدون إذنه .

سؤال : لما قبض الفقير اللقطة وثبت ملكيته فيها بإذن الشرع فكيف يسترجعها . يعني كيف أن صاحب المال يستردها من الفقير بالتضمين .

الجواب : ثبوت الملك بإذن الشرع لا يمنع ثبوت حق الاسترداد . كما هو في الهبة . راجع المادة (٨٦٤) الفتح .

وليس لمن ضمن منهما أن يرجع على رفيقه . يعني أنه إذا تصدق الملتقط باللقطة على فقير آخر واستهلكها هذا ثم ظهر صاحبها وضمنها للفقير فليس للفقير أن يرجع على الملتقط .

سؤال : بما أن الفقير مغرور من جهة الملتقط فكان من الواجب أن يحق له الرجوع .

الجواب : حيث ان الغرور لم يقع ضمن عقد المعاوضة أو عقد التبرع الذي يعود نفعه على الدافع فليس موجباً للضمان ولا مستلزماً للرجوع (العناية) راجع شرح المادة (٦٥٨) .

كما أنه إذا ضمنها للملتقط فليس للملتقط أيضاً أن يرجع على الفقير . لأن الملتقط يصير كأنه مالك للقطة بالضمان استناداً على وقت أخذه اياها وكأنه تصدق بمال نفسه .

كذلك إذا دفعت اللقطة للحاكم وبعد أن تصدق بها على فقير ظهر صاحبها فإن شاء ضمنها للحاكم . لأن الحاكم مأمور بمحافظة أموال الغياب وليس باستهلاكها (الفتح) وإن شاء ضمنها للفقير . وأيهما ضمن ليس له أن يرجع على الآخر . راجع شرح المادة (٦٥٨) .

حق التضمين في بيع الملتقط وبيع الحاكم : إذا باع الملتقط اللقطة على بناء أن يحفظ ثمنها ثم وجد صاحبها بعد ذلك ينظر . فإن كان الملتقط باعها بإذن الحاكم يأخذ صاحب المال الثمن فقط وليس له أن يفسخ البيع . كما لو باعها الحاكم بالذات فالحاكم على هذا الوجه أيضاً ، وأما إذا كان باعها الملتقط بدون إذن الحاكم ينظر . فإن كان المبيع موجوداً في يد المشتري فإن شاء صاحبه أجاز البيع وإن شاء أبطله واسترد ماله . راجع المادة (٣٧٨) وأما إن كان المبيع هلك في يد المشتري فصاحبه مخير : إن شاء ضمنه

للبايع وبهذا التقدير يكون البيع نافذاً وإن شاء ضمنه للمشتري. راجع المادة (٩١٠) وعلى هذا التقدير يبطل البيع ويأخذ المشتري ثمن المبيع من البايع.

جعل اللقطة ونفقتها: ليس للملتقط أن يطلب جعلاً أي اجرة مقابل التقاطه. سواء التقطها من محل قريب أو من محل بعيد ولو كان صاحبها قال «إني أدفع كذا مالاً لمن وجدها وسلمني اياها». ويكون الملتقط متبرعاً في انفاقه من تلقاء نفسه وليس له أن يرجع على صاحب المال بعده. لأن ولايته قاصرة ولكنه لا يكون متبرعاً في الإنفاق بإذن الحاكم ويرجع بعده على صاحب المال. كما لو راجع الملتقط الحاكم قائلاً إن في يده حيواناً لقطة وطلب إذناً بالإنفاق على أن يرجع على صاحبه عند وجوده وأثبت بالبينة أن ذلك الحيوان لقطة في يده يأمر الحاكم بالإنفاق على ذلك الوجه. لأن للحاكم ولاية على مال الغائب وللغائب فائدة في هذا الإنفاق (الهداية). وإن كانت البينة تقام على المنكر ويشترط حضور المدعي عليه حين اقامتها ولكن هذه البينة لأجل كشف الحال يعني لكي ينكشف أمام الحاكم أن الحيوان المذكور لقطة. وإلا بما أنها ليست لأجل الحكم فالخصم ليس بلازم حين استماعها (الفتح).

وأما إذا أفاد الملتقط أن ليس لديه بينة على أن هذا الحيوان لقطة يقول الحاكم للملتقط بحضور شهود ثقات «إن كنت صادقاً في قولك فانفق عليه» وسبب اعطاء الحاكم الإذن معلقاً بالشرط بهذا الوجه الحذر من لزوم أحد الضررين. لأنه إذا أمر الحاكم بالإنفاق بصورة قطعية ومطلقة فعلى تقدير ظهور ذلك الحيوان مغصوباً يتقرر على المالك الضمان أي لزوم النفقة وهذا ضرر للمالك. وإذا لم يأمر بالإنفاق فبصورة ظهور ذلك الحيوان لقطة واتفق الملتقط يكون متبرعاً بإنفاقه ومتضرراً من ذلك (العناية).

صورة الأمر بالإنفاق ومرهونية اللقطة مقابل هذا المصرف:

ليكن معلوماً نظراً لأصح الروايات أن أمر الحاكم بالإنفاق فقط لا يكفي لصحة الرجوع بل يلزم أن يكون الأمر بشرط الرجوع إلى صاحبه أخيراً. لأن أمر الحاكم يتراوح بين الرجوع والحسبة فيحصل الشك بجهة الإنفاق المذكور. والحال أن لا دين بالشك. راجع المادة (٨).

فإذا أنفق الملتقط بناءً على أمر الحاكم في الصورة المشروحة يأخذ مصرفه من صاحب اللقطة. سواء أأنفق الملتقط من ماله أم استدان بأمر الحاكم وأنفق. حتى إذا امتنع صاحب اللقطة عن إعطاء المصرف المذكور يبيع الحاكم اللقطة المذكورة ويؤدي مصرفها من ثمنها ويرد البقية إلى صاحبها. وهلاك اللقطة لا يوجب سقوط هذا المصرف.

بناءً عليه إذا ظهر صاحب اللقطة بعد هلاكها في يد الملتقط لا تسقط النفقة التي صرفها الملتقط بأمر الحاكم بل له أن يرجع بمصرفه هذا على صاحب اللقطة.

ولكن حيث ان للملتقط حق إمساك اللقطة في يده والامتناع عن تسليمها لصاحبها لأجل استيفاء ما أنفقه عليها فإن هلكت بعد أن أمسكها على هذا الوجه تسقط النفقة كما هي الحال في الرهن على ما ذكر في - (الهداية والغرر والمنتقى ورد المحتار والهندية والبيتين). وإنما نظراً للإيضحات التي سردها الشرنبلالي:

إن سقوط النفقة بهذه الصورة مذهب الإمام زفر وأما في مذهب ائمتنا الثلاثة فلا تسقط النفقة على هذا التقدير.

صورة تدارك النفقة وكون الإنفاق موقتاً:

تتدارك النفقة أولاً من بدل الإيجار. كما لو كانت اللقطة قابلة للإيجار كالحمار والبغل والحصان فيؤجرها الملتقط بإذن الحاكم وينفق عليها من اجرتها.

ثانياً ـ ينفق الملتقط من مال نفسه موقتاً بإذن الحاكم. كما لو لم يوجد مستأجر للقطة وخيف من أن تستغرق النفقة قيمة الحيوان أو كانت شاة مثلاً أي حيوان غير قابل للإيجار فيأمر الحاكم الملتقط بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام ثم يبيعها ويحفظ ثمنها لأن أمر الحاكم نظري. متوقف على وجود المنفعة. ويعطي الحاكم الملتقط مصرف اليومين أو الثلاثة أيام من هذا الثمن. («١» راجع المادة (٥٨). وقد أوضح بيع اللقطة آنفاً).

وإنما يشترط في بيع الحاكم أن يثبت الملتقط أن المال الذي في يده لقطة (رد المحتار ودر المختار والهندية).

تبدل الحذاء في الإزدحام: إذا ترك إنسان عند ازدحام الناس حذائه سهواً وأخذ حذاء غيره يكون لقطة. ويجب التفتيش على صاحبه وأما إذا أخذ حذاء أحدهم قصداً في الإزدحام وترك محله حذاء أدنى منه فله أن ينتفع بهذا الحذاء. لأن الذي أخذه وترك الأدنى منه يكون أظهر رضا بانتفاع الغير بذلك الأدنى ويجب أن لا يفهم من هذه الإيضاحات جواز ومشروعية انتفاع الشخص الذي أخذ الأعلى به ولكن إذا كان الحذاء الذي ترك مساوياً للذي أخذ أو أعلى منه يكون في حكم اللقطة (رد المحتار بزيادة).

﴿المادة ٧٧٠﴾ يعلن الملتقط أنه وجد لقطة ويحفظها عنده أمانة لبينما يظهر صاحبها فإذا ظهر شخص وأثبت أنها ماله لزمه أن يسلمه اياها.

يعلن الملتقط بواسطة المنادي في المكان الذي وجد اللقطة فيه وفي الأسواق والشوارع ومجامع الناس كأبواب المساجد أنه وجد لقطة أو يعلن هو بذاته. ويقول الفقهاء لهذا الإعلان (تعريف).

سبب الإعلان في المحال المذكورة هو لأن المقصود من الإعلان ظهور صاحب المال وتسليمه اياه ونوال صاحب المال ماله فالإعلان في هذه المواضع يسهل المقصود المذكور.

وأما الإعلان في الجرائد فلم تكن أوراق حوادث في عصر الفقهاء كما هو في زماننا فلا يوجد بحث في الكتب الفقهية بشأن الإعلان بهذه الواسطة. ولكن الإعلان في زماننا بواسطة الأوراق المذكورة أيضاً جائز.

ولكن بما أنه ليس كل الناس يقرؤون الجرائد ويعرفون قراءتها وبما أنه لا توجد جرائد في كل محل فيجب الإعلان أيضاً بواسطة المنادي في مجامع الناس كما قال الفقهاء.

ويحفظ الملتقط اللقطة أمانة عنده لبينما يظهر صاحبها.

الصور التي يجوز فيها تسليم اللقطة إلى من قال إنها مالي، والتي لا تجوز

الأحوال التي يجوز فيها تسليم اللقطة إلى صاحبها يعني لمن قال انها مالي ثلاثة:

الأول - إذا ظهر شخص وأثبت بالبينة أن اللقطة ماله بحضور الحاكم وحكم الحاكم بموجب البينة بتسليمها له لزم الملتقط تسليمها له. يعني أن الملتقط مجبور على ذلك. وفي هذه الحالة يعني إذا ادعى شخص بأن اللقطة ماله وأثبت ذلك بالبينة وأراد أخذها فليس للملتقط أن يطلب منه كفيلاً بالمال أو كفيلاً بالنفس (الهداية) ولا يجبر الملتقط على تسليم اللقطة بلا بينة وحكم لأنه حيث ان المدعي في هذا هو صاحب اللقطة فبحكم المادة «٧٦» يلزم عليه أن يقيم البينة (الفتح).

إذا أثبت شخص بالبينة أن اللقطة ماله وأخذها على الوجه المشروح من الملتقط حكماً بحكم الحاكم ثم ظهر بعد ذلك شخص آخر وادعى وأثبت أن اللقطة ماله فلا يلزم الملتقط الضمان البتة. راجع المادة (٩١). ويلزم على المستحق أن يدعي على ذلك الشخص. وقد مرت الإيضاحات بهذا الخصوص في شرح المادة الآنفة.

الثاني - بيان جميع علامات اللقطة. والثالث تصديق الملتقط.

وقد سبق تفصيل هذين الإثنين في شرح المادة الآنفة.

﴿المادة ٧٧١﴾ إذا هلك مال شخص عند آخر قضاء فإن كان أخذه بدون إذن المالك يضمنه على كل حال وإن كان أخذه بإذن صاحبه لا يضمن لأنه أمانة في يده ما لم يكن أخذه بصورة سوم الشراء وسمي الثمن فهلك المال لزمه الضمان مثلاً إذا أخذ شخص إناء بلور من دكان البائع بدون إذنه فوقع من يده وانكسر ضمن قيمته وأما إذا أخذه بإذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد أثناء النظر وانكسر فلا يلزمه الضمان ولو وقع ذلك الإناء على إناء آخر فانكسر ذلك الإناء لزمه ضمانة فقط وأما الإناء الأول فلا يلزمه ضمانة لأنه أمانة في يده وأما لو قال لصاحب الدكان بكم هذا الإناء فقال له صاحب الدكان بكذا غرشاً خذه فأخذه بيده فوقع على الأرض وانكسر ضمن ثمنه وكذا لو وقع كأس الفقاعي من يد أحد فانكسر وهو يشرب لا يلزمه الضمان لأنه أمانة من قبيل العارية وأما لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر لزمه الضمان.

إذا هلك في يد شخص مال شخص آخر قضاء يعني بلا تعد ولا تقصير أو طرأ نقصان على قيمته ففيه احتمالان:

الاحتمال الأول - إذا كان ذلك الشخص أخذ المال المذكور بدون إذن صاحبه سواء أكان عالماً بأنه مال الغير أم غير عالم يضمن على كل حال. لأن هذا الخصوص من قبيل الغصب على ما يفهم من المادة (٨٨١) فيجري فيه حكم المادة (٨٩١).

إيضاح القيود:

١ ـ إذا كان أخذه: يفهم من ذكر لفظ الأخذ بصورة مطلقة هنا (أنظر المادة ٦٤) أنه سواء أخذه عالماً بأنه مال الغير أم غير عالم يلزم الضمان. كما لو استهلك شخص مال غيره ظناً بأنه ماله يكون ضامناً.

مثلاً لو أعطى القصار أحداً ثوب الغير ظاناً بأنه له واستهلكه ذلك الشخص يكون الاثنان ضامنين. راجع المادة (٩١٢). والجهل ليس عذراً. ولصاحب المال أن يضمنه لمن يشاء منهما وإن ضمنه للمستهلك فليس لهذا أن يرجع على القصار. راجع المادة (٦٥٨). وأما إذا ضمنه للقصار يرجع هذا على المستهلك (تكملة رد المحتار).

٢ ـ على كل حال: هذا التعبير لأجل التعميم ويلاحظ هذا التعبير وجوه:

الوجه الأول ـ بمعنى أنه سواء أكان هلاكه بلا تعد ولا تقصير أم بتعدٍ وتقصير وعدم اتيان قيد قضاء في المثال يدل على أن المقصود هو التعميم فلا شبهة بأن التعميم المذكور صحيح في نفس الأمر على ما هو مصرح في المادة (٨٩١). إلا أنه لا يجيء ملائماً تعيد قضاء المذكور في صدر المادة بمقام بلا تعد.

الوجه الثاني ـ يعني أنه سواء أخذه لأجل الرؤية أو لأجل ارائته للغير أو لغرض آخر كالاستعمال مثلاً. وهذا التعميم أيضاً صحيح كما هو مذكور في البزازية ولكن لا يوجد في العبارة شيء يدل عليه.

الوجه الثالث ـ بمعنى أنه سواء أسمي الثمن أو لم يسم. وهذا أيضاً صحيح بالنظر لرواية الظهيرية وبقطع النظر عن ملائمة العبارة لا شك في صحة التعميم بالوجوه الثلاثة أيضاً.

الاحتمال الثاني ـ إذا كان أخذه للمال الذي هلك قضاء في يده بإذن صاحبه فلكون ذلك المال أمانة في يده لا يضمنه في حالة هلاكه بلا تعد ولا تقصير. (راجع المادة ٧٨٦).

ولا اشتباه في أن قيد (قضاء الوارد في صدر المادة معتبر في هذه الفقرة على ما أشير إليه. كما يستفاد ذلك من المثالين الآتي ذكرهما أيضاً.

هذه الفقرة أي فقرة (المال المأخوذ بإذن صاحبه أمانة) قاعدة تتفرع عليها مسائل من أبواب علم الفقه المتفرقة. فلنذكر بعضها:

١ ـ الاقراض. إذا طلب شخص من آخر خمسين ذهباً قرضاً فأعطاه سهواً ستين ذهباً وبينما كان ذلك الشخص آيباً في الطريق كي يرد العشر ذهبات له بعد أن أفرزها هلكت فحيث إن خمسة أسداس العشر ذهبات قرضاً يضمن هذه الخمسة أسداس. يعني أن هذا المقدار دين عليه ويلزمه أداؤه وأما الباقي منه فحيث إنه وديعة وأخذت بإذن صاحبها فلا يلزم الضمان (الأنقروي). والخمسون ذهباً الباقية في يد المستقرض تكون مشتركة بينه دين المقرض على هذه النسبة (الشارح).

٢ ـ إداء الدين. إذا كان الشخص مديناً لآخر بعشر ذهبات وأعطاه سهواً إثني عشر ذهباً وأطلع القابض على ذلك أخيراً فعند الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف تكون الإثنتان الباقيتان أمانة (الخانية في الغصب).

٣ ـ البيوع: وإن كان أحد المالين أو الثلاثة أموال التي قبضت بخيار التعيين مبيعاً تكون الباقية أمانة لأنها قبضت بإذن البايع وإذا هلكت قضاء فلا يلزم ضمانها.

٤ ـ المال الذي قبض بطريق سوم النظر أمانة. فإذا هلك في يد القابض لا يلزم الضمان. راجع المادة (٢٩٩).

٥ ـ المال الذي قبض بطريق الشرا بدون تسمية الثمن أمانة، وإذا هلك في يد القابض لا يلزم الضمان. راجع المادة (٢٩٨).

٦ ـ إذا قبض المشتري المال بإذن البايع في البيع الباطل وهلك في يده لا يضمن. راجع المادة (٣٧٠).

٧ ـ حيث ان المبيع وفاء قبض بإذن صاحبه فهو أمانة. وإذا هلك قضاء في يد القابض لا يلزم المشتري ضمان الزيادة عن الدين. راجع المادة (٤٠١).

٨ ـ الإجارة: حيث ان المستأجر قبض المأجور الذي في يده بإذن المالك فهو أمانة وإن هلك في يده قضاء لا يلزم الضمان. أنظر المادة (٦٠١).

٩ ـ إذا هلك المال الموجود في يد الأجير الخاص قضاء لا يلزم الضمان. أنظر المادة (٦١٠).

١٠ ـ الكفالة: إذا هلكت الأمانة التي في يد الكفيل الذي كفل على أن يؤدي من مال الأمانة الموجودة في يده لا يلزم الكفيل الضمان راجع المادة (٦٥٠).

١١ ـ الرهن: إذا هلك المال المرهون في يد المرتهن بلا تعد ولا تقصير ففضل ذلك المال عن الدين لا يكون مضموناً. راجع شرح المادة (٧٤١).

١٢ ـ الأمانات: إذا دخل رجل إلى بيت آخر بإذنه وبينما كان يشرب ماء بالقدح الموجود في العرصة سقط من يده قضاء وانكسر لا يلزم الضمان. راجع المادة (٧٧٢).

١٣ ـ إذا هلكت الوديعة في يد المستودع لا يلزم الضمان على المستودع راجع المادة (٧٧٧).

١٤ ـ إذا هلكت العارية في يد المستعير لا يضمن. راجع المادة (٧١٣).

١٥ ـ الشركة: إذا هلك مال الشركة في يد الشريك لا يضمن الشريك المرقوم راجع المادة (١٣٥٠).

١٦ ـ إذا هلك مال المضاربة في يد المضارب لا يضمن المضارب المرقوم (أنظر المادة ١٤١٣).

١٧ ـ الوكالة: إذا هلك المال في يد الوكيل الذي قبضه من جهة الوكالة لا يضمن ذلك الوكيل. راجع المادة (١٤٦٣). غير أن أربع مسائل مستثناة من الاحتمال الثاني وفيها يلزم ضمان المال المقبوض بإذن صاحبه.

المسألة الأولى ـ إذا أخذ المشتري مالاً بصورة سوم الشرا وهلك في يده يلزم الضمان في حال تسمية الثمن ولو شرط عدم الضمان (البزازية في أول البيع). وبما أن تفصيلات هذه الفقرة سبقت في المادة (٢٩٨) وشرحها فلتراجع.

المسألة الثانية ـ يلزم ضمان المال الذي قبض بصورة سوم الرهن وقد مر إيضاحه في المبحث الثالث من شرح المادة (٧١٠).

المسألة الثالثة ـ المال الذي قبضه بجهة البيع هذا المال كالمقبوض بسوم الشراء كما لو سلم البايع خطأ غير المبيع إلى المشتري ظناً بأنه المبيع وهلك في يد المشتري المرقوم يكون ضامناً بدله. (البزازية).

المسألة الرابعة ـ المال المقبوض بطريق الوثيقة يعني بصورة الرهن. فالمقدار المعادل للدين من هذا المقبوض مضمون بدينه. (راجع شرح المادة ٧٤١).

١ ـ مثلاً إذا أخذ رجل إناء من دكان البايع الذي يبيع الأواني الزجاجية بدون إذنه فوقع من يده وانكسر يكون ضامناً. لأن ذلك العمل ليس مأذوناً به دلالة. ودخوله إلى الدكان بإذن صاحبه لا يتضمن الإذن دلالة بأخذ الإناء (الخانية بزيادة). سواء أكان وقوعه قضاء أو عن تعد وتقصير. والقياس والاستحسان في هذا واحد وليس ما وضع للبيع نظير دخول الرجل منزل غيره بأمره (البزازية في الثالث في مسائل الضمان من البيع).

هذا المثال مبني على الفقرة الأولى من هذه المادة.

٢ ـ وإذا أخذه ذلك الرجل بإذن صاحبه وبينما كان ينظر فيه سقط إلى الأرض قضاء وانكسر لا يلزم الضمان. لأنه أخذه بإذن صاحبه فهو أمانة في يده والأمانة ليست مضمونة بحكم المادة (٧٦٨). وهذا المثال مبني على الفقرة الثانية من هذه المادة.

كما لو دخل رجل إلى دكان سمان بقصد شراء سمن ولما نظر إلى الكوب الموضوع فيه السمن سال من أنفه دم قضاء فتنجس السمن ينظر. فإن كان نظره بإذن السمان لا يضمن. والا يكون ضامناً. وعلى هذا التقدير إن كان السمن المذكور غير مأكول يضمن نقصان قيمته وإن كان مأكولاً يضمن كل بدله. وإن كان غير مأكول ولم يترتب ضرر من سيلان الدم لا يلزم شيء.

٣ ـ وإذا سقط ذلك الإناء أي الإناء الذي أخذ بإذن صاحبه كما ذكر في الفقرة الثانية على أوان أخرى قضاء فانكسر وكسرت تلك الأواني لزم ضمان الأواني المذكورة أي الأواني التي سقط عليها ذلك الإناء. لأن تلك الأواني انكسرت بفعله بغير إذن المالك. راجع المادة (٩١٢) (الخانية).

بحث في هذه المادة عما أخذ بإذن صاحبه وبغير إذنه. وحيث ان تلك الأواني ليست من هذا القبيل فقد ذكرت هذه الفقرة استطراداً هنا وإلا ليست مثالاً على هذه المادة. ولعل هذه الفقرة الثالثة فرع من المسألة العمومية كما هو مذكور في المادة (٩١٢) التي هي «إذا استهلك شخص مال الآخر الموجود في يده أو في يد أمينه قصداً أو من غير قصد يكون ضامناً».

٤ ـ ولكن حيث ان ذلك الإناء الذي نظر فيه أخذ بإذن صاحبه وانه أمانة فلا يلزم ضمانه أيضاً يعني كما كان في فقرة (إذا أخذه بإذن صاحبه وبينما كان ينظر فيه . . .)

فالمثال الرابع هذا نظراً لكونه عين الفقرة المثالية الواردة في المثال الثاني التي هي «إذا أخذه بإذن صاحبه وهو ينظر فيه . . . » فمع إن ذكره تكرار فوقوع استعمال لفظ أيضاً في موقعه جدير بالتأمل.

٥ ـ أما لو قال شخص لصاحب الدكان بكم هذا الإناء فأجابه صاحب الدكان بكذا قرشاً خذه فأخذه على ذلك الوجه بعد أن تقرر الثمن ثم سقط إلى الأرض وانكسر وحده أو انكسر وكسر أوان أخرى معه يضمن قيمة جميع ما انكسر من الأواني. وهذا المثال مثال على الفقرة الثالثة يعني مثال لفقرة (ما لم يكن أخذه بسوم الشرا).

٦ ـ كذلك إذا وقع كأس الشرب الفقاعي قضاء من يد شخص وهو يشرب شراباً وانكسر فلكون ذلك الكأس من قبيل العارية لا يلزم الضمان بناء على المادة (٨١٣). وفي هذه المسألة عقدان العقد الأول بيع الشراب والآخر إعارة الكأس فإذا قبض في هذه الصورة الشراب مع الكأس فوقعت قبل أن يشرب فانكسرت وسال الشراب أيضاً لزمه اعطاء ثمن الشراب. راجع المادة (٢٩٤) ولا يلزم ضمان الكأس كما ذكر أعلاه.

والمثال السادس هذا مثال مستقل للفقرة الثانية من هذه المادة.

٧ ـ غير إنه إذا سقط الكأس بسبب سوء استعماله أو أنه رماه قصداً أو كسره يصير ضامناً بناء على المادة (٧٨٧). أنظر القاعدة الثانية في شرح المادة (٧٦٨).

كما انه لو كسر ذلك الكأس أواني أخرى وجب ضمانها أيضاً كما هو مصرح في المادة (٩١٢).

المثال السابع هذا لأجل بيان المحترز عنه في قيد (قضاء) الذي ورد في هذه المادة. والمسألة العمومية في هذا كما هو مذكور في المادة ٧٨٧ هي «إذا هلكت الوديعة أو طرأ نقصان على قيمتها بتعدي المستودع أو تقصيره لزم الضمان».

﴿المادة ٧٧٢﴾ ـ الإذن دلالة كالإذن صراحة. بيد أنه عند وجود النهي صراحة لا اعتبار للدلالة. مثلاً إذا دخل رجل بيت آخر فهو مأذون دلالة بشرب الماء بالإناء المخصوص له. وإذا سقط من يده قضاء وهو يشرب وانكسر لا يلزم الضمان. ولكن إذا أخذه بيده مع ان صاحب البيت نهاه بقوله لا تمسه فسقط وانكسر يصير ضامناً.

الإذن دلالة كالإذن صراحة في الحكم: فلذلك كما ذكر في الفقرة الثانية من المادة السابقة أنه لا يلزم ضمان المال الهالك قضاء في يد الذي أخذه بإذن صاحبه الصريح ولا يلزم أيضاً ضمان المال الهالك في يد الذي أخذه بإذن صاحبه دلالةً.

غير أنه إذا كان هناك نهي ومنع صريحان فلا يلتفت إلى الإذن دلالة. راجع المادة (١٣).
وترد أمثلة كثيرة على الفقرة الأولى أي على أن الاذن صراحة كالاذن دلالة وهي:

١ ـ مثلاً لو دخل شخص بيت أو دكان آخر بإذنه يكون مأذوناً دلالة لشرب الماء بالإناء الموضوع خصوصاً يعني أن دخوله البيت بإذنه يدل على أنه مأذون بالشرب بالكأس الموضوع لأجل ذلك. وإذا أخذ الكأس بيده بناءً على هذا الإذن دلالة وسقط من يده قضاء وهو يشرب به وانكسر لا يلزم الضمان. راجع المادة السابقة.

كما أنه يلزم الضمان إذا هلك الكأس بلا تصد ولا تقصير بينما كان يشرب به شخص بناء على إذن صاحبه الصريح. راجع المادة (٨١٣). ولكن إذا أخذ الكأس الصيني الموضوع لأجل الزينة وغير المعد للشرب أو أحد الآنية الموضوعة في الدكان لأجل البيع بلا إذن وسقط من يده قضاء وهو يشرب به وانكسر لزم الضمان (رد المحتار عن الولوالجيه).

٢ ـ إذا دخل رجل حماماً وأخذ طاس الجرن وأعطاه لأحد الزبائن الموجودين في الحمام وسقط من يده فلا يلزم الضمان على المعطي ولا على الآخذ. لأن ذلك الرجل مأذون به دلالة.

٣ ـ إذا دخل نفر من الناس بيت رجل وأخذ أحدهم المرآة الموضوعة في محل ظاهر وبعد أن نظر فيها أعطاها لغيره ثم فقدت لا يلزم الضمان على أحد، لأنه يوجد إذن دلالة للنظر في المرآة. وأما إذا أخذ شيئاً أخذه ممنوع فيكون غاصباً. كما ذكر آنفاً.

٤ ـ إذا ذهب الأب ببغل ابنه أو الابن ببغل أبيه أو الزوج ببغل الزوجة أو الزوجة ببغل الزوج إلى الطاحون وهلك البغل قضاء لا يلزم الضمان، لأنه يوجد إذن بذلك.

٥ ـ إذا أرسل شخص رجلاً إلى محل لأجل شغله وأخذ الرسول حيوان ذلك الشخص بلا إذن صريح وركبه فهلك في الطريق ينظر. فإن كان بين الآمر والرسول صداقة لا يضمن وإن لم يكن ذلك يضمن.

٦ ـ إذا مرض حيوان مشترك ورأى البيطار لزوماً لكيه وكان الشريك غائباً فللشريك الحاضر أن يكويه فإذا هلك الحيوان في هذه الصورة لا يضمن المشارك الذي حمل على كيه. (راجع المادة ٩١).

٧ ـ إذا ذبح الراعي حيواناً مأكول اللحم كالشاة بعد أن قطع الرجاء من دوام حياته لا يضمن استحساناً نظراً للقول الصحيح المفتى به. لأن في هذا إذناً دلالة. وإذا ذبحه أجنبي ففي قول يضمن وفي قول آخر لا يضمن.

وأما إذا ذبح الراعي حيواناً غير مأكول اللحم كالحمار يضمن قيمته في حالة الذبح أي في الحالة التي قطع الأمل من حياته (الفصولين). لأن الهلاك مصادف مالاً في هذه الحالة.

٨ ـ إذا ذبح شخص الشاة التي ربط الجزار أرجلها لأجل ذبحها لا يكون ضامناً وإذا وضع رجل

اللحم في القدر لأجل طبخها وبعد أن وضعها على الموقدة وضع شخص آخر النار تحتها وطبخها لا يكون ضامناً.

٩ ـ إذا وقع الحمل عن دابة وحمله شخص عليها بلا إذن وهلكت في تلك الأثناء لا يضمنها. لأن الإذن دلالة بهذا ثابت.

١٠ ـ إذا أرسل شخص لآخر هدية ضمن إناء وكانت تلك من قبيل ما تزول لذته بتفريغها إلى إناء آخر فله أن يأكلها في ذلك الإناء. لأن في ذلك إذناً دلالة. وإذا انكسر الإناء قضاء أثناء الأكل لا يلزم الضمان. وإن كانت الهدية شيئاً من الفواكه التي تزول لذتها بتفريغها إلى إناء آخر فليس للشخص الا أن يأكلها فيه. ما لم يكن بين المهدي والمهدى له صداقة ومسامحة.

١١ ـ إذا دخل شخص كرم صديقه وتناول شيئاً يعني مقداراً من العنب مثلاً بلا إذن صريح فإن كان معلوماً ان صاحبه لا يبالي بذلك عند اطلاعه عليه فلا يكون بأس في هذا التناول.

١٢ ـ إذا خرج رجلان لسفر وتوفي أحدهما في موضع لا يوجد فيه حاكم يراجع فلرفيقه الباقي بقيد الحياة أن يبيع أمتعته وحيواناته ويسلم ثمنها لورثته لأنه إذا لم يبعها وقصد نقلها عيناً فيضطر إلى مصاريف نقلية كثيرة مع ان رفيقه مأذون دلالة بالبيع في مواضيع كهذه.

إنما هذا المساغ بمعنى أن البايع والمشتري لا يعاقبان من جراء بيع وشراء مال الغير وإلا لا يكون بمعنى أن هذا البيع نافذ، راجع المادة (٣٧٨). وله أن يقبض نقوده وأشياءه التي لا تحتاج إلى البيع أيضاً لأجل حفظها وإذا هلكت بلا تعد ولا تقصير في يده لا يلزم الضمان. (علي أفندي). راجع المادة (٩١) وشرحها.

ولكن إذا أخذ ذلك الإناء بيده مع ان صاحب البيت أو صاحب الدكان نهاه بقوله لا تمسه يعني بعد النهي المذكور فسقط من يده قضاء وانكسر يصير ضامناً بناءً على المادة (٨٩١).

ولكن إذا نهى بعد أن أخذه فبناءً على المأذونية دلالة وبعد هلاكه قضاء في يده فلا حكم للنهي. (راجع شرح المادة ١٣).

الباب الثاني

في الوديعة وفيه فصلان

مشروعية الإيداع ثابتة بأدلة أربعة بالكتاب. كما ورد في الآية الجليلة **﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾** وغني عن البيان أن أداء الأمانات إنما يكون بعد القبول. فبناء عليه تعتبر هذه الآية الكريمة دالة على مشروعية الإيداع.

نزلت هذه الآية الجليلة بحق عثمان بن طلحة. يوم فتح مكة إذ أقفل عثمان الكعبة وصعدعلى سطحها فطلب الرسول الأكرم (صلعم) المفتاح، فقيل له انه عند عثمان. فطلبه منه. فامتنع عثمان عن إعطائه وقال لو علمت انك رسول الله لأعطيتك فضغط علي رضي الله عنه على يد عثمان. وأخذ المفتاح وفتح الباب فدخل الرسول الأكرم ﷺ الكعبة وصلى ركعتين. ثم خرج من الكعبة. فطلب عمه العباس أن يعطيه مفتاح الكعبة وأن يجمع فيه بهذه الصورة السقاية والسدانة أي شرف خدمة الكعبة. فنزلت هذه الآية الجليلة عقب ذلك. فأمر الرسول الأكرم علياً فرد المفتاح إلى عثمان. وقدم معذرة بواسطته. فقال عثمان يا علي جئت قبلاً وأخذت المفتاح مني بالجبر والإكراه والآن أتيت بالرفق واللطف. فأخبره علي بنزول هذه الآية. فلفظ عثمان كلمة الشهادة. ونزل جبرائيل مخبراً ان السقاية والسدانة لعثمان وأولاده أبداً بمقتضى الأمر الالهي. ولما هاجر عثمان أخيراً أعطى المفتاح لأخيه شيبة. بناء عليه فحق حفظ المفتاح والسدانة منوطان بشيبة وأولاده إلى يوم القيامة (شيخ زاده).

ثم ان قبول الوديعة من باب إعانة الإنسان أخوانه والإعانة مندوبة بنص الآية الجليلة ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ «تكملة رد المحتار».

وموضوع علم الفقه هو أفعال المكلف كالنكاح والبيع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن فذكر الفقهاء بناءً على هذا بعض المباحث بالعنوان المذكور فقالوا كتاب النكاح وكتاب البيوع وذكروا بعض المباحث الأخرى تحت عنوان شيء متعلق بأفعال المكلف فقالوا كتاب العارية وكتاب المأذون. وسببه غير ظاهر وإن كانت المجلة أيضاً حررت هذا العنوان هنا هكذا فالظاهر والموافق لموضوع علم الفقه أن يقال (في الإيداع).

الفصـل الأول

في المسألة المتعلقة بعقد وشرط الإيداع

بما ان المجلة أدخلت الشرط في البيع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن في عنوان العقد وجعلت تعبير العقد شاملاً للركن والشرط فقد تغير أسلوبها هنا .

أركان الإيداع أربعة (١) الوديعة يعني العين المودعة . (٢) الصيغة (٣) المودع . (٤) الوديع .

يبحث عن الأول في المادة (٧٧٥) وعن الثاني والثالث في المادة (٧٧٦)وعن الرابع في المادةالآتية :

﴿المادة ٧٧٣﴾ ينعقد الإيداع بالإيجاب والقبول دلالة أو صراحة . مثلاً لو قال صاحب الوديعة أودعتك هذا المال أو أمنتك عليه فقال المستودع أيضاً قبلت ينعقد الإيداع صراحة . وإذا دخل شخص إلى الخان وقال لصاحب الخان أين أربط حيواني فأراه محلاً وربط حيوانه فيه ينعقد الإيداع دلالة وكذلك إذا ترك شخص ماله بجانب صاحب الدكان وذهب ورآه هو أيضاً وسكت يكون ذلك المال وديعة عند صاحب الدكان وإذا ترك رجل ماله بجانب صاحب دكان قائلاً له هذا وديعة عندك وذهب ورآه هو أيضاً وسكت ينعقد الإيداع . وإن قال صاحب الدكان لا أقبل ورده لا ينعقد الإيداع . وإذا ترك شخص ماله بجانب جملة أشخاص على سبيل الوديعة وذهب ورأوه هم أيضاً وسكتوا يكون ذلك المال وديعة عندهم جميعاً . ولكن إذا انصرفوا من ذلك المحل الواحد بعد الآخر يتعين الذي بقي أخيراً للحفظ ويكون المال وديعة عنده .

ركنا الإيداع :الإيجاب والقبول .

بناءً عليه ينعقد الإيداع بالإيجاب والقبول بالصراحة أو دلالة . وبتعبير (دلالة) يعني : بالدلالة القولية، وبالدلالة الفعلية وبالكناية . أنظر المادة ١٤٩ .

المسائل التي يلزم فيها القبول أو لا يلزم بعد الإيجاب :

ولا ينعقد الإيداع بالإيجاب فقط . كما يفهم أيضاً من هذه الفقرة (وإذا لم يقبل صاحب الدكان) . لأنه حيث سيترتب على المستودع نتيجة عقد الإيداع حفظ الوديعة فلا يكون التزام بلا لزوم غير أن لزوم

القبول في الإيداع بعد الإيجاب هو لأجل وجوب الحفظ على المستودع ولكن لاكتساب المال صفة الأمانة فالإيجاب وحده كاف والقبول ليس لازماً فيه. حتى إنه إذا هلك المال بعد الإيجاب بلا تعد ولا تقصير في يد الذي سيكون مستودعاً لا يلزم الضمان.

مثلاً لو قال المغصوب منه للغاصب أودعتك المال الذي في يدك ولم يقبل الغاصب لا يجاب ولو رده أيضاً يكون بريئاً من الضمان لأن المال المغصوب يكتسب صفة الأمانة في يده (البحر وتكملة رد المحتار).

وينعقد الإيداع بخمسة وجوه الأربعة منها تستفاد من المجلة لفظ صراحةً ودلالةً الواردين بعد في هذه المادة بناءً من احتمال ارتباطه بالإيجاب والقبول كليهما فيكون انعقاد الإيداع بالنظر للمجلة بأربعة وجوه.

الوجه الأول: انعقاد الإيداع بالإيجاب والقبول صراحةً. كما هو في المثال الأول من المجلة الآتي ذكره.

الوجه الثاني: انعقاد الإيداع بالإيجاب والقبول دلالة. وهذه الدلالة على نوعين النوع الأول الدلالة القولية كما هو في المثال الثاني من المجلة الآتي ذكره والنوع الثاني الدلالة الفعلية. كما هو في المثال الثالث الآتي ذكره.

الوجه الثالث: انعقاد الإيداع بالإيجاب صراحة والقبول دلالـة. كما هـو في المثال الـرابع من المجلة.

الوجه الرابع: انعقاد الإيداع بالإيجاب دلالة والقبول صراحة. وإن لم يذكر مثال على هذا في المجلة فنذكر لهم مثالاً كما يأتي: مثلاً لو ترك رجل ماله بجانب صاحب دكان وبينما هو ذاهب ولم يقل شيئاً قال صاحب الدكان إني قبلت هذا المال وديعة فينعقد الإيداع بالإيجاب دلالة والقبول صراحة.

وفهم من التفصيلات السابقة سبب تعدد الأمثلة وظهر أيضاً أن المقصود من الدلالة المذكورة في المجلة أعم من الدلالة الفعلية والدلالة القولية.

الوجه الخامس: ينعقد الإيداع كناية. كما لو قال شخص لآخر: أعطني هذه العشرة دراهم أو أعطني هذا الثوب وأعطاه يكون وديعة. لأن إعطاء الدراهم أو الثوب وإن كان محتملاً للهبة أيضاً ولكن بما ان الوديعة أدنى من الهبة تكون الوديعة متيقنة والهبة مشكوكة وبناءً عليه ينعقد الإيداع باللفظ المذكور كناية (رد المحتار وتكملة رد المحتار في آخر الوديعة).

مثلاً لو قال صاحب الوديعة أودعتك هذا المال أو أمنتك عليه وقبل المستـودع ينعقد الإيـداع بالإيجاب صراحة وبالقبول صراحة. وإذا رد المستودع الإيجاب بأن رفض قبول الوديعة. ولكن المودع مع ذلك تركها وذهب فهلكت لأن المستودع لم يحافظ عليها فلا يلزم الضمان وإذا أخذ المستودع على ذلك التقدير المال المذكور إلى بيته كي يكون مالاً له يكون غاصباً. راجع شرح المادة (٧٦٩). وأما إذا أخذه حتى يعطيه لصاحبه فاللائق والمناسب أيضاً أن يعد غاصباً نظراً لما ذكر في الذخيرة. وبناءً عليه إذا هلك

في يده فالمناسب أيضاً أن يضمن، ولكن صاحب الفصولين اعترض على الذخيرة بثلاثة وجوه قائلاً إن الظاهر أن لا يكون ضامناً. لنبين هذه الاعتراضات على الوجه الآتي مع ذكر أجوبتها اللازمة:

الوجه الأول: حيث ان الغصب عبارة عن إزالة يد المالك ولما لم تكن يد مالك وازالها في هذه المسألة فلا يكون غصباً. فنقول جواباً على هذا ان الحال والكيفية التي تساوي الغصب في إزالة التصرف تعد من قبيل الغصب حكماً. راجع المادة (٩٠١).

الوجه الثاني: أخذ المستودع ذلك المال لم يكن بقصد الضرر بل ربما كان بقصد النفع، جوابه: لا يختلف حكم الغصب بالنية. ولهذا إذا أخذ أحد من جيب السكران كيس دراهمه حتى لا يضيع ويرده إليه حينما يزول سكره ويفيق يكون غاصباً. راجع شرح المادة (٢).

الوجه الثالث: ترك المالك المال بعد رد المستودع إيداع ثان وأخذ المستودع ورفعه أيضاً قبول ضمني فبناءً عليه الظاهر عدم ترتب الضمان.

الجواب: حيث ان المستودع رد صراحة ولكون الصراحة أقوى من الدلالة والضمنيات فلا يلتفت إلى الدلالة في الموضع الذي توجد فيه الصراحة. راجع المادة (١٣).

ويستفاد من هذه الإيضاحات ان الاعتراضات التي وجهها صاحب الفصولين إلى صاحب الذخيرة غير وارد فبقي والحالة هذه قول صاحب الذخيرة (اللائق لزوم الضمان) سالماً من الإعتراض.

كما أنه لو وضع شخص متاعاً في بيت شخص آخر بلا أمر وفقد لعدم محافظة الشخص الآخر عليه لا يلزمه الضمان. لأن ذلك الشخص لم يلتزم المحافظة ولا لزوم بدون التزام.

وإنما إذا رماه الشخص الآخر المذكور خارج البيت وفقد يضمن لأن هذا العمل استهلاك. أنظر المادة (٩١٢).

والفرق بين الفقرة (كما سقط مال شخص بهبوب الريح . . .) المندرجة في المادة (٧٦٢) وبين هذه ظاهر. ففي الفقرة المذكورة لا يوجد إحالة من صاحب المال وأما هنا وإن كانت احالة صاحب المال قصداً موجودة فقبول الآخر غير موجود. وبلا قبول لا يحصل إجبار على المحافظة.

ولكن إذا أدخل رجل دابته إلى دار غيره وأخرجها صاحب الدار من داره لا يلزم الضمان لأن الدابة مضرة للدار. وأما اذا وجدت دابة الغير في إصطبله وأخرجها صاحبها وفقدت فيكون ضامناً (تكملة رد المحتار).

٢ ـ وكذلك إذا دخل شخص خاناً وسأل صاحبه أين يربط حيوانه فأراه محلاً فربطه فيه ينعقد الإيداع بالإيجاب والقبول دلالة قولية ويكون صاحب الخان مستودعاً (تكملة رد المحتار). حتى إنه إذا جاء بعد ذلك صاحب الحيوان ولم يجد الحيوان في محله وسأل صاحب الخان فأجابه ان رفيقك أخذه ليسقيه مع أنه ليس له رفيق فيكون صاحب الخان قصر في المحافظة. يعني أنه لم يمنع الرجل حينما رآه آخذاً الحيوان بغير حق ويصير ضامناً.

ذلك الشخص مستودعاً لأن التصريحين تعارضا فيتساقطان ويبقى ذلك المال وديعة في يده «تكملة رد المحتار».

وفيه ان الثاني رجوع عن الأول فالظاهر ان لايكون ذلك المال وديعة لأنه رد الحفظ إلا أن يقال انه بعد الرجوع حينما دفع إلى داره المال ورأى صاحبه وسكت صار قابلاً دلالة «الشارح».

٣ ـ وكذلك إذا ترك رجل ماله بجانب صاحب دكان دون أن يقول شيئاً كهذا المال وديعة عندك مثلاً وذهب ورآه صاحب الدكان وسكت فحيث إن الإيداع ينعقد فعلاً أي بالإيجاب والقبول دلالة فعليه يصير ذلك المال وديعة عند صاحب الدكان. حتى إنه إذا ترك صاحب الدكان الوديعة هناك وذهب يصير ضامناً (تكملة رد المحتار).

ورد في هذا المثال (ورآه) لأنه إذا لمَ يره لا تكون الوديعة قبلت بالدلالة القولية أو الفعلية. فبناءً عليه إذا هلك ذلك المال لعدم محافظة صاحب الدكان عليه لا يلزمه الضمان. ولكن ليس لصاحب الدكان أن يرمي به إلى الخارج. فإن فعل ضمن. على ما مر في شرح المثال الأول.

٤ ـ وكذلك إذا أرسل شخص بواسطة شخص آخر حيوانه إلى الراعي لأجل رعيه فلم يقبله الراعي وقال لا أقبل أعده إلى صاحبه وبينما كان يعيده هلك لا يلزم الضمان على الشخص الآخر ولا على الراعي. لأن الراعي بعدم قبوله لم تنعقد الأمانة. وحيث ان ذلك الشخص الآخر لم يتمكن من تسليم الحيوان إلى الراعي فلم تنته رسالته ويد أمانته باقية والحالة هذه (تكملة رد المحتار).

٥ ـ وكذلك إذا نزع رجل ثوبه في الحمام وتركه عند حارس الثياب ورآه هـذا وسكت ينعقد الإيداع. بناءً عليه إذا لم يجد الرجل ثوبه عند خروجه من المغتسل وقال الحارس ان شخصاً لبس الثوب وذهب فظننته له فلكونه ترك السؤال والبحث وقصر في الحفظ يكون ضامناً. ولكن إذا قال الحارس رأيت الشخص وهو يرفع ثوبك ولكن ظننته اياك فعلى هذا التقدير سرد وجهان في الكتب الفقهية:

الوجه الأول ـ عدم لزوم الضمان على المستودع. لأنه لما ظن فيمن رفع الثوب أنه صاحب الثوب لم يكن قصر في الحفظ (تكملة رد المحتار).

الوجه الثاني ـ لزوم الضمان على المستودع فتكون حينئذ المسألة التي ذكرت شرحاً وهي (حتى إذا جاء بعد ذلك صاحبه ولم ير الحيوان في محله وعند سؤاله من صاحب الخان ألخ. . .) نظيرة لهذه.

٦ ـ وكذلك إذا ترك شخص ماله بجانب صاحب دكان قائلاً هذا المال وديعة عندك وذهب بعد أن رآه المودع وسكت ينعقد الإيداع. وإذا رد صاحب الدكان قائلاً لا أقبل لا ينعقد الإيداع. لأن القبول عرفا لا يثبت عند الرد صراحة (تكملة رد المحتار). ولا تعارض الدلالة الصريح (أنظر المادة ١٣) وشرحها وعليه إذا فقد ذلك المال بعده لا يلزم الضمان على صاحب الدكان. وهذه الفقرة مرتبطة في المثال الثالث ومقابلة فقرة «وإذا رآه وسكت».

كما أنه لو قال قال المستودع للمودع أودع هذا المال عندي فترك المودع ذلك المال عنده ولم يقل شيئاً تنعقد الوديعة «الباجوري».

٧ ـ وكذلك إذا ترك شخص ماله عند جملة أشخاص على سبيل الوديعة وذهب ورأوه هم أيضاً وسكتوا فينعقد الإيداع هنا بالإيجاب والقبول دلالة فعلية ويصير ذلك المال وديعة عندهم جميعاً. يعني ان تركه على هذا الوجه وذهابه أي المودع المرقوم يكون إيداعاً فبناءً عليه إذا هلك المال بناءً على مغادرتهم جميعهم ذلك المحل يضمنون كلهم بالاشتراك بناءً على المادة (٧٨٧). يعني أن بدل الضمان ينقسم على عدد رؤوس الذين قاموا وذهبوا فان كانوا خمسة أشخاص مثلاً يضمن كل واحد منهم خمس قيمة الوديعة

جاء في هذه الفقرة (وإذا رأوه هم) لأنهم إذا لم يروه لا يوجد قبول بالسكوت ولا يكون ذلك المال وديعة كما هي الحال في المال الذي دفعه شخص في بيت غيره بدون أمره على ما ذكر آنفاً.

وسيان قاعدة تسليم الوديعة إلى المستودع ورد المستودع الوديعة إلى المودع: لأنه كما فهم من هذه المسألة الواردة في المجلة تسليم الوديعة إلى المستودع يتم بوضعها أمامه وليس شرطاً وضعها في يده أو في حضنه. كما ان رد الوديعة أيضاً يتم بوضعها أمام المودع ولا يشترط في ذلك وضعها في يده أو في حضنه فبناءً عليه كان الإيداع وانتهاء الإيداع متساويان. مع أنه في الدين ليست الحالة على هذا المنوال بل وضع المدين دينه في يد الداين أو في حضنه كان شرطاً. حتى إنه بوضعه الدين أمامه لا يكون أدى دينه (تكملة رد المحتار).

إلا أنه إذا غادر أولئك الأشخاص الواحد تلو الآخر ذلك المحل بعد أن رأوه وسكتوا فمن بقي منهم في الآخر يكون تعين للحفظ ويصير ذلك المال وديعة عنده فقط (البحر).

فبناءً عليه إذا ترك ذلك الشخص أيضاً المحل المذكور وفقد ذلك المال لزمه الضمان لا غير.

يرد على هذه المسألة سؤال على الوجه الآتي.

إن الوديعة عند أشخاص كثيرين تجعلهم جميعاً مستودعين كما جاء في الفقرة الأولى. وحيث ان من يذهب منهم ويترك الوديعة عند الباقي كان حقه أن يلزمه الضمان عند الهلاك بناءً على المادة (٧٩٠) الجواب: إن الطحطاوي حصر هذه المسألة في الوديعة التي لا تقبل القسمة عاداً اياها من قبيل المادة (٧٨٣) وأما إذا كانت الوديعة قابلة للقسمة فقال إن المناسب أنه يترتب على من ذهب ضمان مقدار حصته (تكملة رد المحتار).

﴿المادة ٧٧٤﴾ لكل من المودع والمستودع فسخ عقد الإيداع متى شاء.

الإيداع ليس عقداً لازماً. يعني أنه ليس لازماً بحق أحد من الطرفين. راجع شرح المادة (١١٤) وفي هذا التقدير للمودع أن يسترد وديعته متى شاء. لأنه صاحب المال. وللوديعة أيضاً أن يرد الوديعة متى أراد. لأنه متبرع بخصوص حفظ الوديعة (الباجوري).

فبناءً عليه لكل من المودع والمستودع صلاحية فسخ الإيداع متى أراد. سواء أكان عقد الإيداع

موقتاً لسنة واحدة مثلاً أم لم يكن.

ويستفاد من المادة (٧٩٤) أن للمودع فسخ الايداع وحده بالإستقلال. فلذلك متى طلب المودع وديعته يقدمها له لأن هذا الطلب يتضمن فسخ عقد الإيداع فإذا امتنع المستودع عن إعادتها ثم هلكت الوديعة لزم ضمانها على المستودع ولو كان هلاكها بلا تعد ولا تقصير. وعندما تطلب الوديعة من المستودع ليس له أن يمتنع عن تسليمها في الحال قائلاً «حينما سلمتني كان ذلك بحضور شاهدين وأنا أيضاً أسلمك بحضور شاهدين». لأن المستودع مصدق باليمين بموجب المادة (١٧٧٤) وغير محتاج لإثبات الرد بالشهود وعليه فلا حق له بالتأخير بحجة الإشهاد (الباجوري).

إنما عقد الإيداع يكون لازماً في مسألة واحدة. وهي: إذا كان الحفظ في مقابلة أجرة كما ذكر في الفقرة الثانية من المادة «٧٧٧» فحيث ان عقد الوديعة هذا عقد حفظ وفيه المستودع أجير مشترك فيصير العقد المذكور عقد اجاره وليس لأحد الطرفين أن يفسخه قبل تمام المدة كما هو مذكور في كتاب الإجارة راجع المادة «٤٠٦» (الأنقروي والعناية).

﴿المادة ٧٧٥﴾ يشترط في الوديعة أن تكون قابلة لوضع اليد وصالحة للقبض. فبناءً عليه لا يصح إيداع الطير الطائر في الهواء.

يشترط أن تكون الوديعة وقت الإيداع قابلة لأن يضع المستودع يده عليها وأن تكون صالحة وقابلة للقبض، لأن الوديعة عقد استحفاظ فلا يمكن حفظها قبل أن يثبت المستودع يده عليها يعني قبل أن يقبضها وعبارة (صالحة للقبض) عطف تفسيري بعبارة «قابلة لوضع اليد».

بناءً عليه إيداع الطير في الهواء والمال المستحيل إخراجه من البحر والحيوان الآبق غير صحيح. لأن هذه غير قابلة لوضع اليد وقت الإيداع. فلذلك إذا فقد الطير لا يحكم على المستودع بالضمان بحجة أنه لم يحافظ عليه.

هل الشرط وضع اليد فعلاً أو القابلية لوضع اليد فقط: إن البعض من الفقهاء والزيلعي من جملتهم قالوا بأن وضع اليد فعلاً شرط وذهب البعض الآخر إلى أن القابلية لوضع اليد كافية وليس وضع اليد فعلاً شرطاً. ويفهم من المثال الثاني والثالث في المادة «٧٧٣» من المجلة ومن ظاهر عبارة هذه المادة أيضاً أن المجلة اختارت القول الثاني «تكملة رد المحتار».

﴿المادة ٧٧٦﴾ يشترط في صحة عقد الوديعة أن يكون المودع والمستودع عاقلين مميزين ولا يشترط كونهما بالغين. فبناءً عليه إيداع المجنون والصبي غير المميز وقبولهما الوديعة غير صحيح وأما إيداع الصبي المميز المأذون وقبوله الوديعة فهو صحيح.

يشترط لصحة عقد الوديعة كون المودع والمستودع عاقلين مميزين وزيادة على ذلك يشترط أن يكون المستودع مأذوناً «البحر».

ولا يشترط أن يكون المودع والمستودع بالغين. فبناءً عليه إيداع المجنون والصبي غير المميز وقبولهما الوديعة غير صحيح.

وحيث ان إيداع المجنون والصبي غير المميز غير صحيح فإذا قبل شخص مال المجنون والصبي غير المميز بناءً على أن يكون وديعة عنده يكون غاصباً.

وحيث ان قبول المجنون والصبي غير المميز الوديعة غير جائز فإذا أودع شخص ماله عند المجنون أو الصبي غير المميز واستهلكه لا يكون ضامناً بالإجماع. يعني أن حكم المادة (٩١٦) لا يجري فيه. ولكن للحاكم أن يودع مالهما.

ولكن إيداع الصبي المميز المأذون وقبوله الوديعة صحيح. سواء أكان مأذوناً إذناً عاماً أم خاصاً لقبول الوديعة المذكورة راجع المادتين (٩٦٦ و٩٦٧).

وبناءً على أن إيداع الصبي المميز المأذون صحيح إذا أخذ شخص وديعة منه وهلكت في يده بلا تعد ولا تقصير لا يصير ضامناً. راجع المادة (٧٧٧).

وإذا توفي الصبي المميز المأذون مجهلاً الوديعة تضمن من تركته أنظر المادة (٨٠١). وإذا هلكت الوديعة بتعديه كما لو استهلكها أو بتقصيره في الحفظ يكون ضامناً (أنظر المادة ٧٨٧). لأن الصبي المميز المأذون موآخذ بالضمان لتضييع الوديعة.

اختلاف الفقهاء في لزوم الضمان في حالة استهلاك الصبي المميز الوديعة أو المال الذي استقرضه أو استعاره:

تقييد الصبي بالمأذون في هذه المادة احترازي. لأن قبول الصبي المميز المحجور الوديعة غير صحيح فكما أنه إذا قبل الصبي المميز الوديعة وهلكت في يده بسبب عدم محافظته لا يلزمه الضمان كذلك إذا استهلك الصبي الوديعة في حال صباه ـ كما لو كانت طعاماً فأكله ـ لا يلزمه الضمان أيضاً لا في الحال ولا بعد البلوغ عند الإمام الأعظم والإمام محمد. لأن عادة الصبي المحجور تضيع الأموال فيكون المودع بتسليمه المال مع علمه هذه العادة رضي باستهلاكه ولذلك لا يوآخذ الصبي من جراء استهلاكه الوديعة (تكملة رد المحتار).

ولذلك إذا دل الصبي المحجور السارق على أخذ المال المودع عنده أو شاهد السارق وهو يسرق الوديعة ولم يمنعه مع اقتداره على المنع لا يلزمه الضمان. والحال أن المستودع متى بلغ يضمن. راجع المادة «٨٨٧». أي إذا استهلك الوديعة بعد البلوغ يكون ضامناً.

ولذلك أيضاً إذا أودع مال عند الصبي المحجور وتوفي قبل البلوغ مجهلاً فكما أنه لا يلزمه الضمان

كذلك إذا توفي بعد البلوغ لا يلزمه الضمان أيضاً. ما لم يثبت وجود الوديعة في يده بعد البلوغ فحينئذ يلزمه الضمان. «أنظر المادة ٨٠١».

المعتوه كالصبي في هذا. إذا أودع مال عند الصبي المحجور واستهلكه يضمن عند الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى ووافقه الإمام الشافعي رحمه الله في هذا الرأي.

وإن لم يكن في المجلة شيء يدل على ترجيح أحد هذين القولين فإن قول الإمام الأعظم خاصة إذا كان معه أحد الإمامين يعد مرجحاً عند الفقهاء.

وإذا دفع مال للصبي المحجور قرضاً أو عارية أو بيع منه وسلم له واستهلكه الصبي المرقوم يحصل الاختلاف المذكور في هذه الصور أيضاً. وأما إذا تعدى الصبي المحجور من غير سابق الإقراض والاستيداع على مال غيره يكون ضامناً. ولذلك إذا استهلك الصبي المحجور مال غيره يضمن. ولا تأثير في هذا لكونه صبياً محجوراً لأن الحجر يجري في الأقوال ولا يؤثر في الأفعال بناءً عليه يلزم الصبي المرقوم الضمان في هذه المسألة بالإتفاق ولا ينافي هذا الشرح شرح المادة «٧٧٨» والمادة «٩١٦» من المجلة.

ولذلك أيضاً إذا أودع الصبي المحجور بلا اذن مال غيره عند صبي محجور آخر فلكون الاثنين متعديين فلصاحبه أن يضمنه لمن شاء من الصبيين لدى هلاكه «تكملة رد المحتار».

والفرق ظاهر بين الإستهلاك من غير سبق الإيداع والاستهلاك بعد الإيداع إذ أنه إذا أودع شخص ماله عند صبي محجور يكون إذن دلالة باستهلاكه كما أوضح سابقاً وأما في الاستهلاك بلا سبق الإيداع فليس من إذن.

الفصل الثاني

في بيان أحكام الوديعة وضماناتها

عطف الضمانات على الأحكام عطف الخاص على العام. وللوديعة ثلاثة أحكام:

١ ـ كون المال أمانة واجبة الحفظ بيد المستودع. وهذا مذكور في المادة (٧٧٧).
٢ ـ لزوم الرد والإعادة عند الطلب. وهذا مسطور في المادة (٧٩٤).
٣ ـ كون قبول الوديعة مستحباً (البحر). ولا ذكر لهذا الحكم في المجلة لأنه من الأمور الأخروية

﴿المادة ٧٧٧﴾ الوديعة أمانة بيد المستودع بناءً عليه إذا هلكت أو فقدت بدون صنع المستودع وتعديه وتقصيره في الحفظ لا يلزم الضمان. فقط إذا أودعت باجرة لأجل الحفظ وهلكت بسبب ممكن التحرز كالسرقة تكون مضمونة. مثلاً إذا سقطت الساعة المودعة من يد رجل قضاء وانكسرت لا يلزم الضمان. وأما إذا وطئها برجله أو سقط من يده شيء عليها وانكسرت لزم الضمان. كذلك إذا أعطى رجل لآخر اجرة لأجل إيداع وحفظ ماله ثم فقد ذلك المال بسبب ممكن التحرز كالسرقة لزم الضمان على المستودع.

الوديعة أمانة لازمة الحفظ بيد المستودع وفي هذه الحالة يلزم معرفة ثلاثة أشياء: الأول الحافظ الثاني محل الحفظ والثالث كيفية الحفظ. فالأول مذكور في المادة (٧٨٠) والثاني في المادة (٧٨١) والثالث في المادة (٧٨٢).

بناءً عليه إذا هلكت الوديعة كلها أو بعضها أو فقدت بدون صنع المستودع وتعديه وتقصيره في الحفظ كما لو سرقت الوديعة كلها أو بعضها لا يلزم الضمان يعني أن خسائرها تعود على المودع. أنظر القاعدة الأولى في المادة (٧٦٨). لأن الرسول الأكرم (ﷺ) قال ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ومعنى الغل والإغلال الخيانة. ثم حيث ان مشروعية الإيداع جوزت بناءً على احتياج الناس فلو لزم الضمان على المستودع لامتنع الناس من قبول الوديعة ولزم في تلك الحالة تعطيل المصالح (تكملة رد المحتار).

لا فرق بين أن يقول المستودع وقعت الوديعة مني أو وقعت الوديعة فكلا القولين إدعاء بفقدان الوديعة بلا تعد ولا تقصير. راجع شرح المادة (٦٠٧).

المسائل العديدة المتفرعة على كون الوديعة أمانة:

١ مسألة ـ إذا أعطى رجل مالاً لشخص وقال له إعطه اليوم لفلان فقال له نعم فلم يعطه في ذلك اليوم وهلك بيده فحيث ان الشخص المرقوم أي المستودع غير مجبور على إعطاء المال المذكور لفلان الشخص الآخر بقوله (نعم) وبما ان المال المذكور وديعة فلا يلزمه الضمان.

٢ مسألة ـ إذا فقد البغل المودوع بيد المستودع بلا تعد ولا تقصير فأعطى المستودع بغله للمودع قائلاً له (استعمله لبينما أجد بغلك وأعيده لك) وهلك هذا البغل بيد المودع بلا تعد ولا تقصير وبعد ذلك وجد المستودع البغل المفقود وأعاده فلا يضمن المودع البغل المستهلك.

٣ مسألة ـ إذا طلب رجل من شخص خمسين ذهباً قرضاً فأعطاه غلطاً ستين وعند اطلاع المستقرض على ذلك أفرز العشر ذهبات وبينما هو آيب لأجل إعادتها وقعها في الطريق يضمن خمسة اسداسها بجهة أنها قرض ولا يلزم ضمان السدس الباقي لأنه وديعة صرفة. وكذا لو هلك الباقي (تكملة رد المحتار).

٤ مسألة ـ إذا ادعي المستودع هلاك الوديعة كلها فكما ان القول مع اليمين قوله بناء على المادة (١٧٧٤) وإذا هلك قسم منها فالقول مع اليمين في المقدار الهالك للمستودع أيضاً. ولكن إذا نكل عن اليمين يعد هذا النكول إقراراً بوجود الوديعة عيناً. فبناءً عليه يجبر المستودع ويحبس إلى أن يظهر الوديعة أو يثبت هلاكها وإذا أقام الطرفان البينة يعني أن المودع أقام بينته على استهلاك المستودع الوديعة والمستودع على هلاكها بلا تعد ولا تقصير أو على أنه ردها أو اعادها ترجح بينة المستودع.

٥ مسألة ـ إذا طرأ نقصان على قيمة الوديعة وهي بيد المستودع فكما أنه لا يلزمه الضمان إذا استهلكها شخص آخر لا يلزم المستودع الضمان أيضاً بل الضمان يلزم الشخص المرقوم. راجع المادة (٩١٢).

٦ مسألة ـ إذا اختلف المودع والمستودع فيما لو قال المودع استهلكت الوديعة بدون إذني وقال المستودع أنت استهلكتها أو استهلكها فلان بأمرك فالقول للمستودع.

٧ مسألة ـ إذا أخذ الحاكم دراهم من شخص لاجل كري النهر يعني بسبب مشروع كالأسباب المحررة في المادة (١٣٢١) وأودع تلك الدراهم عند شخص وفقدت بيده بلا تعد ولا تقصير فإن كان الحاكم أودعها بذاته أو باسم كري النهر تهلك من مال العموم. وإن كان أودعها باسم ذلك الشخص تعود خسارتها عليه خاصة (راجع المادة ١٤٦٠).

٨ مسألة ـ إذا كان شخص مديناً لشخص آخر بألف قرش فأعطاه أولاً ألف قرش ثم الف قرش ثانية أو أعطاه ألفي قرش دفعة واحدة وقال له أمسك ألف قرش مقابل دينك ولم يعين له بقوله هذه الألف قرش مثلاً ثم هلكت الألفا قرش ـ عند الداين فتكون هلكت أمانة. وأما إذا عين بقوله إن هذه الألف قرش لأجل دينك فحسب أنه أخذ الفِ قرشٍ مقابل مطلوبه وتكون الألف قرش الآخر هلكت أمانة.

ويستفاد من قوله لا يلزم الضمان على المستودع ثلاثة أحكام : يعني أنه يستفاد ثلاثة أحكام من ذكر عدم الضمان مطلقاً في هذه المادة.

الحكم الأول ـ وإن شرط ضمان الوديعة بصورة هلاكها بلا تعد ولا تقصير على الوجه المذكور فالشرط باطل ولا يلزم الضمان. (أنظر شرح المادة ٨٣).

الحكم الثاني ـ إذا فقدت الوديعة وحدها يعني بدون أن يكون مال المستودع معها وقيل مثلاً لو سرقت الوديعة لسرق مال المستودع معها فما دام أن مال المستودع لم يسرق فالوديعة أيضاً لم تسرق فلا يتهم المستودع ولا يحكم بالضمان بأقاويل كهذه.

الحكم الثالث ـ سواء أهلكت أو فقدت الوديعة بسبب ممكن التحرز أو غير ممكن التحرز فلا يلزم الضمان. (أنظر شرح المادة ٦٠٨). (البحر).

بناء عليه إذا قال المستودع ان الوديعة فقدت ولا أعلم كيف فقدت فالقول مع اليمين قوله ولا يضمن. لأن المستودع أمين. غير أنه إذا قال المستودع وضعت الوديعة بجانبي ثم نسيت وقمت فحيث ان هذا القول يكون إقراراً منه على التقصير بالمحافظة يلزمه الضمان (تكملة رد المحتار).

إلا أنه إذا أودع مالاً بالأجرة لأجل الحفظ ففي صورة هلاكه أو فقدانه بسبب ممكن التحرز منه كالسرقة يكون مضموناً على المستودع. ولكن إذا هلكت بسبب غير ممكن التحرز كالحريق الغالب فلا يلزم الضمان.

ويظهر من هذه الفقرة أنه إذا اشترط المودع ـ وإن كانت الوديعة مال غيره ـ اجرة مقابل حفظ الوديعة للمستودع صح ذلك ولزم على المودع إعطاء تلك الاجرة وتكون من قبيل إجارة الآدمي.

حتى إن الغاصب إذا أودع المال المغصوب واشترط اجرة مقابل الحفظ صح ذلك ولزمت الأجرة على الغاصب. والفرق بين الأجير المشترك والمستودع بالاجرة:

سؤال ـ ذكر في شرح المادة (٦٠٧) أنه إذا هلك المستأجر فيه بيد الأجير المشترك لا يلزم الضمان عند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى وذكر أيضاً أن عدم لزوم الضمان بفقرة (إذا حبسه على هذا الوجه وهلك المال بيده) في المادة (٤٨٢) هو على مذهب الإمام المشار إليه وقال الإمامان إنه يلزم الضمان في الفقرة المذكورة فالمسائل المتعلقة بعدم ضمان الأجير المشترك في الفصل الثالث من الباب الثامن من كتاب الإجارات في المجلة مبنية على مذهب الإمام الأعظم. فبناءً عليه قوله يلزم الضمان في هذه الفقرة مخالف لمذهب الإمام الأعظم في الأجير المشترك وموافق لمذهب الإمامين يعني يظن أن الاختلاف السالف البيان جار في المستودع بالأجير أيضاً وقد ذكر جريان الاختلاف في هذا أيضاً في الزيلعي والهداية والبزازية. يعني ذكر في الكتب الفقهية المذكورة أن الاختلاف المذكور في شرح المادة (٦٠٧) يجري أيضاً في مسألة إيداع مال لأجل الحفظ بأجرة وهلاك الوديعة بيد المستودع. ففي هذه الحالة بما ان المسائل المتعلقة بعدم ضمان الأجير المشترك المذكورة في كتاب الإجارة مبنيةً على مذهب الإمام الأعظم فيكون قبل مذهب الإمامين في هذه الفقرة وبناءً عليه يكون اختير

مذهبان مختلفان في مسألة واحدة.

الجواب ـ إن الاختلاف المتعلق بالأجير المشترك ليس جارياً في المستودع بالأجرة فالمستودع بالأجرة يضمن بالاتفاق الوديعة التي تهلك بشيء ممكن التحرز. فالفرق بين الأجير المشترك والمستودع بالأجر هو هذا. وعند الإمامين المعقود عليه في الأجير المشترك هو العمل وحفظ المستأجر فيه واجب تبعاً. وما في المستودع بالأجرة فالحفظ مقصود وواجب مقابل بدل. ولذلك إذا هلكت الوديعة بيد المستودع بالأجرة بسبب ممكن التحرز يكون ضامناً لها بالاتفاق.

بناءً عليه إذا دخل رجل حماماً وترك ثيابه عند الناطور فسرقت منه ينظر. فإن كان شرط له اجرة لأجل المحافظة يكون ضامناً. وإلا فلا وفي الواقع وإن كان الشخص الذي دخل الحمام سيعطي إجرة لصاحبه فهذه الاجرة في مقابلة انتفاعه بالحمام وليست في مقابلة محافظة الثياب.

أمثلة على عدم مضمونية الوديعة:

المثال الأول: إذا وقعت الساعة المودوعة من يد شخص قضاء يعني بلا تعد ولا تقصير وانكسرت لا يلزم الضمان.

المثال الثاني: إذا وضع المستودع الوديعة في حرز مثلها وقفل المحل المذكور وأعطى المفتاح إلى شخص وبعد أن ذهب إلى محل آخر لم يجد الوديعة عند حضوره لا يلزم الضمان. يعني أن إعطاء مفتاح المحل الذي حفظت الوديعة فيه إلى الغير لا يعد تعدياً أو تقصيراً.

المثال الثالث: إذا وضع المستودع الوديعة في صندوق ثم وضع على الصندوق إناء ماء فتقاطر وأفسد الوديعة لا يلزم الضمان.

وأما إذا هلكت الوديعة أو فقدت بصنع المستودع وتعديه أو بتقصيره في الحفظ لزم الضمان. كما صرح في المادة (٧٨٧). مثلاً لو وطىء المستودع الساعة بقدمه أو وقع على الساعة شيء قضاء وانكسرت لزم الضمان لأنه يكون حصل التعدي.

ويستفاد من تعبير وطىء يعني من اسناد فعل التعدي إلى المستودع أن لزوم الضمان على المستودع يكون في صورة إيقاع المستودع التعدي وأما إذا تعدى على الوديعة غير المستودع يلزم الضمان على المتعدي فقط وصرحت هذه المسألة في المادة (٧٧٨).

ويظهر من هذا الشرح أن فقرة (وأما إذا وطىء الساعة ألخ..) محترز عنها بقيد (بدون صنعه وتعديه وتقصيره في الحفظ) ومع أن هذه المحترز عنها لم تذكر في هذه المادة فهي مذكورة في المادة (٧٨٧).

١ سؤال ـ ما الفرق بين الفقرة الأولى من هذه المادة والفقرة الثانية يعني أنه لا يلزم الضمان إذا وقعت الساعة قضاء وانكسرت وأما إذا وطئها المستودع بقدمه يلزمه فما هو الفرق اختلاف الحكم في المسألتين.

الجواب: المستودع مأذون بإمساك الساعة وحفظها يعني أن الإمساك حفظ أيضاً وحيث ان هلاك

الوديعة ينتج عن الفعل الذي هو مأذون به أي عن الإمساك فلا يلزم المستودع الضمان. راجع المادة (٩١).

وأما الهلاك المندرج في الفقرة الثانية فلم ينشأ عن الفعل الذي هو مأذون به بل عن الفعل الذي لم يكن مأذوناً به.

٢ سؤال: بينما كان الضمان لازماً إذا وطئ الساعة فلماذا لا يلزم الضمان إذا وطئ العارية يعني كما لم يلزم الضمان على ما ذكر في المادة (٨١٣) فيما لو سقطت المرآة المستعارة من يد المستعير قضاء أو زلت رجله واصطدم بالمرآة فانكسرت.

وفيما لو سكب شيء على البساط وتلوث ونقصت قيمته مع أنه يلزم في الوديعة. يعني أن الفعل الواحد يوجب الضمان في الوديعة ولا يوجبه في العارية فما هذا الفرق؟

الجواب: المستعير مأذون بهذا العمل في العارية يعني حال كون المستعير مأذوناً بفرش البساط والمشي عليه حسب العارية مثلاً أما المستودع فليس مأذوناً بدوس الوديعة. وبتعبير آخر بما أن الفعل المستلزم الهلاك مأذون فيه في العارية فليس مأذوناً فيه في الوديعة (الاشباه وشرحها وتنوير الأذهان).

كذلك إذا أعطى شخص آخر اجرة لأجل إيداع ماله وحفظه يعني أنه إذا تقاول معه على الاجرة ثم فقد ذلك المال بسبب ممكن التحرز كالسرقة لزم الضمان على المستودع. وهذه الفقرة نظير فقرة (غير أن إذا أودع لأجل الحفظ باجرة).

وذكر في شرح كتاب الإجارة أنه لا يلزم الضمان على الأجير إذا كان الهلاك بسبب غير ممكن التحرز كالحريق الغالب.

وإذا ظهر أن الوديعة مال الغير وإن هلكت بيد المستودع بلا تعد يلزم الضمان. فبناءً عليه هذا الحكم (أي عدم لزوم الضمان على تقدير هلاك الوديعة أمانة بلا تعد ولا تقصير بيد المستودع) إنما يجري في الصورة التي تكون الوديعة مال المودع وأما إذا تبين أن الوديعة مال الغير فكل من المودع والمستودع يكون مسؤولاً. مثلاً لو أودع الغاصب المال المغصوب عند شخص فهلك ولو بلا تعد ولا تقصير فللمغصوب منه الخيار. إن شاء ضمنه للغاصب وليس لهذا أن يرجع على المستودع. لأن الغاصب بصفته مالكاً بالضمان وقت الغصب بطريق الإستناد فيكون كأنه أودع ماله وتكون الوديعة بحكم المادة (٧٧٧) أمانة بيد المستودع، ما لم تهلك بشيء أوقعه المستودع فيها كالتعدي والتقصير. وفي تلك الحالة يرجع الغاصب أيضاً على المستودع. وإن شاء ضمنه للمستودع وفي هذا التقدير يرجع المستودع على المودع إذا لم يعلم أن المودع غاصب. (راجع شرح المادة ٦٥٨). وعلى تقدير علمه بأنه غاصب قال بعض الفقهاء بجواز رجوعه وقال البعض الآخر بعدم جوازه.

ويتبنى حق تضمينه الغاصب على المادة (٨٩١) وتضمينه المستودع ينجم من أجل أخذه المال المذكور بدون رضا مالكه أي المغصوب منه.

﴿المادة ٧٧٨﴾ إذا وقع شيء من يد خادم المستودع على الوديعة فتلفت يكون الخادم ضامناً.

إذا استهلك الوديعة غير المستودع أوتعدى عليها وجلب لها نقصاناً يترتب الضمان على المستهلك والمتعدي وليس على المستودع. لأن حكم الفعل يضاف إلى فاعله بموجب المادة (٨٩). راجع المادة (٩١٢).

سواء أكان المستهلك والمتعدي صغيراً أم كبيراً أم كان ضمن غير المستودع أم أجنبياً. الائمة الحنفية متفقون في هذه المسألة على لزوم الضمان على الصغير المستهلك والمتعدي ولا يجري الاختلاف المذكور في شرح المادة (٧٧٦) هنا. وإذا لم يكن للصغير المستهلك والمتعدي مال ينتظر إلى حين يسره. وإلا لا يضمن ولي الصغير بسبب فعل الصغير. راجع المادة (٩١٦).

مثلاً إذا سقط شيء من يد خادم المستودع على الوديعة فهلكت يضمن الخادم. فعلى هذا الوجه إذا استهلك أجنبي الوديعة يكون ضامناً وحيث ان المستودع يكون خصماً للمستهلك في هذا له أن يطلب بدلها ويدعيه. أنظر المادة (١٦٣٧).

وفقرة (وكذلك إذا خلط شخص غير المستودع الذهبات المذكورة يكون ذلك الشخص ضامناً) المذكورة في المادة (٧٨٧) فرع لهذه المادة.

فقد ظهر من الإيضاحات السابقة أن هذه المادة من قبيل المثال على المسألة العمومية التي ذكرت شرحاً وكان اتيانها مثالاً مناسباً.

﴿المادة ٧٧٩﴾ فعل ما لا يرضاه صاحب الوديعة في حق الوديعة تعد.

فعل ما لا يرضاه المودع ولا يجوزه الشرع في حق الوديعة تعد (العناية). في هذه المادة تعريف التعدي الذي يوجب الضمان على المستودع. ويظهر من هذا التعريف أن التعدي غير التقصير وهو فعل المستودع المخصوص. يعني أن التعدي فعل المستودع وهو أشياء كإتلاف الوديعة وإعطاء الوديعة لغير أمينه لأجل الحفظ وإيداع الوديعة إلى آخر أو استعمالها ووطء الساعة المودعة قضاء واسقاط شيء قضاء على الساعة.

وأما التقصير فهو مثل عدم منع السارق أثناء سرقة الوديعة مع وجود الاقتدار على ذلك وحفظ الوديعة في محل ليس من المعتاد حفظها فيه.

فبناءً عليه في المادة (٧٨٧). عطف التقصير على التعدي.

فمجرد قول المستودع للمودع «كنت وهبتني أو بعتني الوديعة» وإنكار المودع ليس تعدياً وإذا هلكت الوديعة بعد هذا القول لا يلزم ضمانها «البحر». إلا إذا امتنع المستودع عن إعادة الوديعة بعد أن طلبت منه وهلكت. راجع المادة «٧٩٤».

كما لو أودع كيساً مربوطاً وصندوقاً مقفلاً وفتحهما المستودع وضاعا دون أن يأخذ منهما شيئاً فلا يلزمه الضمان. يعني أن الفتح بهذه الصورة ليس تعدياً أو تقصيراً.

ونظراً للزوم دخول الاحكام الأربعة التي سيأتي تفصيلها في المادة «٧٨٤» في التعريف المذكور يعني حيث انه من اللازم أن تكون كل مخالفة لأحد الاحكام الأربعة المذكورة تعدياً وبناءً على أن التعريف لن يكون مانعاً لإغياره فدفعاً للأشكال زيد قيد «ولا يجوز الشرع» شرحاً:

مثلاً لو خالف المستودع الشرط الذي شرطه المودع لكونه ليس ممكن الإجراء ومقيداً فذلك ليس تعدياً وإن لم يكن المودع راضياً به. لأن تلك المخالفة جائزة شرعاً.

بعض المسائل المعدودة وغير المعدودة تعدياً وتقصيراً:

١ مسألة ـ أن أدفع الوديعة لأجل الحفظ إلى من ليس أميناً كما سيذكر في شرح المادة «٧٨٠» تعد فحفظ شخص أجنبي لم يأتمنه المستودع على حفظ ماله الوديعة في محل حفظ مال نفسه فيه تقصير كما سيذكر في شرح المادة «٧٨١».

٢ مسألة ـ عند ذهاب المستودع إلى سفر فأخذه الوديعة معه حال كون الطريق غير أمين تعد على ما سيجيء في شرح المادة «٧٨١».

٣ مسألة ـ كما ان العمل خلاف الحكم الأول والثاني المذكورين في المادة «٧٨٤» والفقرة الرابعة من المادة «٧٨٣» تعد فالفقرات الثانية من المواد «٧٨٨، ٧٩٠، ٧٩٢» والفقرة الثالثة من المادتين (٧٩٣ و٧٩٤) تعد أيضاً.

٤ مسألة ـ كما إن المخالفة للفقرة الثانية من المادة (٧٩٦) تعد فالفقرة الثانية من المادة (٧٩٩) الوديعة أيضاً على ما ذكر في المادة (٨٠١) تعد أيضاً.

٥ مسألة ـ كما ان المستودع يضمن إذا قال أنه وضع الوديعة أمانة في محل غير بيته وبعد أن جلس وقام نسيها ويضمن الدلال إذا قال انه وضع المال المدفوع إليه لأجل بيعه في دكان ولكنه نسي في أي دكان وضعه.

٦ مسألة ـ إذا قال المستودع انه لا يعلم إن كان وضع الوديعة في داره أو في دار أخرى يضمن (الهندية وتكملة رد المحتار).

٧ مسألة ـ إذا أعطى شخص شخصاً آخر ثياباً كي يدعها عند الخياط فأعطى الخياط اياها ونسي الخياط الذي أعطاه اياها فلا يلزم الضمان وإذا قال المستودع لا أعلم إن كانت الوديعة فقدت أم لا، لا يضمن. ولكنه إن قال لا أعلم إن كنت أضعتها أم لا فقوله هذا يوجب الضمان كما ذكر في فصول العمادي.

٨ مسألة ـ إنكار المستودع الوديعة حين طلب المودع ونقله الوديعة المنقولة في حال إنكاره من محلها إلى محل آخر تعد. لأن إنكار المودع رفع للعقد وحيث ان عقد الوديعة ينفسخ به فلا يعود

بدون عقد جديد (البحر).

وكون انكار الوديعة تعدياً مقيد بأربعة شروط.

الشرط الأول، يجب أن يكون الإنكار تجاه المودع بناء عليه فإنكاره تجاه غير المودع ليس تعدياً. بل لربما كان حفظاً كما أنه لم ينقلها من محلها حال جحوده أو كانت عقاراً وكان نقلها غير قابل فعند الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف الضمان غير لازم ولكنه لازم عند الإمام محمد (البحر).

مثلاً لو سأل رجل أجنبي قائلاً هل لفلان وديعة عندك فأجابه المستودع سلباً لا يعد ذلك تعدياً بل لربما كان محافظةعلى الوديعة من سوء قصد السائل.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الإنكار حينما يطلبها المودع بقصد أخذها. وأما إذا كان من قبل السؤال عن الوديعة لأجل تذكير المستودع بالمحافظة وشكره فجواب المستودع ان ليس لك عندي وديعة، لا يعد جحوداً وإنكاراً عند الإمام أبي يوسف (البحر). وسنزيد هذه المسألة تفصيلاً في شرح المادة (٧٨٧).

الشرط الثالث: يجب أن لا يكون إنكار المستودع مبنياً على سبب شرعي. فبناءً عليه إذا كان عدو موجوداً عند طلب المودع الوديعة وكان يخاف من أن يأخذها جبراً لدى الإقرار بها ففي تلك الحالة لو أنكر المستودع الوديعة وهلكت بعد ذلك لا يضمن المستودع. لأن المستودع قصد الحفظ بهذا الإنكار (البحر).

الشرط الرابع: يجب أن لا يحضر المستودع الوديعة بعد الإنكار فبناءً عليه إذا أحضر المستودع الوديعة بعد أن أنكرها ولما أراد أن يعطيها للمودع قال صاحب الوديعة للمستودع (فلتبق الوديعة بيدك) ثم بعد ذلك هلكت تلك الوديعة مع أن المودع كان مقتدراً على أخذها في ذلك الأثناء لا يضمن المستودع. لأن هذا يكون إيداعاً جديداً. وأما إذا لم يكن المودع مقتدراً على أخذ الوديعة في ذلك الحين لا يخلص من الضمان. لأن الرد والإعارة لم يتما بعد.

٩ مسألة ـ إذا دل المستودع السارق على الوديعة فسرقها السارق المرقوم لزم الضمان على المستودع. ولكن بعد الدلالة بهذه الصورة إذا منع السارق أثناء السرقة وأخذها السارق جبراً وقهراً لا يلزم الضمان أيضاً (رد المحتار).

١٠ مسألة ـ إن العرف والعادة يعتبران في كون بعض المعاملات المتعلقة في الوديعة تعدياً أم لا. راجع المادة (٣٦).

مثلاً لو ربط المستودع الحيوان في محل يعد ربطه اياه فيه تعدياً عرفا فهلك بعد أن بعد عن نظره يضمن.

كما لو ترك صاحب الدكان الوديعة التي بيده في دكان بابه مفتوحاً أو شد شبكته على باب الدكان وتركها وبعد أن ذهب إلى محل آخر لأجل شغله هلكت فإذا كان العرف هكذا يعني أن يترك باب الدكان الذي يوجد فيه أمتعة مفتوحاً مع عدم وجود حارس له لا يلزم الضمان. لأن المستودع يكون في هذا

حفظ الوديعة بجيرانه كما حافظ على امواله ولا يكون قصد الإيداع للجيران حتى يكون ذلك مخالفاً للمادة (٧٩٠). وأما إذا لم تكن العادة كذلك يضمن. وترك صبي غير مقتدر على المحافظة في الدكان كتركه خالياً (تكملة رد المحتار).

كذلك إذا وضع المستودع الوديعة في غرفة من غرف خان واكتفى بسد بابه ولم يقفله بالمفتاح وسرقت الوديعة فإن كان قفل الباب فقط في مواضع كهذه يعد توثيقاً وحفظاً لا يلزم الضمان. وإن كان معدوداً من الاغفال والتضيع يكون الضمان لازماً.

١١ مسألة ـ حيث ان اطلاق البقر الوديعة بلا إذن في الصحراء معدود من التعدي فإذا فقدت في الصحراء أو أتلفها الذئب يضمنها المستودع. ولكن إذا هلك الحيوان المذكور حتف أنفه في الصحراء فاختلف الفقهاء فبعضهم قال بالضمان وبعضهم بعدمه.

١٢ مسألة ـ فتح القفص الموجود فيه وديعة وفتح باب الاصطبل الموجود فيه الحيوان المودوع تعد بناءً عليه إذا فتحه المستودع وهرب الطير والحيوان منه يضمن سواء أهرب عند فتح الباب أو بعد مدة.

١٣ مسألة ـ إذا أعطى المستودع الوديعة شخصاً آخر بالإكراه غير الملجئ يكون تعدياً. وأما إعطاؤه بناء على الإكراه الملجىء فليس تعدياً. راجع المادة (١٠٠٧). بناءً عليه إذا أكره شخص المستودع بقوله إن لم تعطني الوديعة أسجنك شهراً فأعطاه المستودع الوديعة بناءً على هذا يضمن. ولكن إذا قال شخص للمستودع إن لم تعطني هذه الوديعة أقتلك أو أقطع كذا عضوك فأعطاه المستودع الوديعة المذكورة لزم الضمان على المجبر وليس على المستودع لوقوع الإكراه مستجمعاً شروطه وعد النهديد بإتلاف كل المال يعني باتلاف جميع مال المستودع بحيث لن يبقى قدر كفاية منه إكراهاً ملجئاً. وعد التهديد بإتلاف بعض المال أي بحيث أن يبقى منه قدر كفاية للمستودع إكراهاً. غير ملجيء. لأن إتلاف كل المال يؤدي إلى إتلاف النفس. ولكن إذا كان التهديد بصورة إتلاف ما بقي بعد أن ترك له قوتاً كافياً لا يعتبر. وهل المقصود من قدر الكفاية كفاية شهر أو يوم أو العمر الغالب؟ الظاهر أنه كفاية شهر أو يوم. (تكملة رد المحتار).

١٤ مسألة ـ كما إن دفن النقود في المفازة لأجل الحفظ تعد، فبيع الوديعة وتسليمها آخر أيضاً تعد. وأما إذا بيعت فقط ولم تسلم لا يعد ذلك تعدياً.

فلذلك قول المستودع بعت الوديعة وقبضت ثمنها لا يوجب الضمان وأما قوله بعتها لآخر وسلمته اياها يوجب الضمان. راجع المادة (٧٩٠).

١٥ مسألة ـ معالجة الحيوان المودع تعد. فبناءً عليه إذا أمر المستودع شخصاً بمعالجة الحيوان المودع فتلف الحيوان من ذلك لزم المستودع الضمان. كما أنه يلزم ذلك الشخص أيضاً. على أن يكون المودع مخيراً إن شاء ضمنه المستودع وفي هذه الحالة ليس للمستودع الرجوع على ذلك الشخص. وإن شاء ضمنه المعالج ولهذا أن يرجع على المستودع إن كان ظن أن الحيوان ملك المستودع. راجع المادة (٦٥٨).

١٦ مسألة ـ إذا قال المستودع كنت وضعت الوديعة في محل ولا أعلم أين وضعتها وقد نسيت يضمن كما لو قال وضعت الدراهم الوديعة في جيبي وبوقتها فقدتها ، يضمن أيضاً .

١٧ مسألة ـ إذا وضع المستودع الوديعة بجانبه واتكأ ونام فسرقت الوديعة يضمن . ما لم يحصل هذا المال في السفر . فلا يضمن إذ ذاك . وأما إذا لم يتكئ وتناوم في محله وفقدت لا يضمن .

١٨ مسألة ـ إذا نزع المستودع ثيابه ووضعها على ساحل البحر ولما غطس وغابت الوديعة عن نظره وسرقت تلك الوديعة يضمنها كما أنه إذا نسيها هناك وفقدت يضمنها أيضاً .

﴿المادة ٧٨٠﴾ يحفظ المستودع الوديعة مثل ماله بالذات أو بواسطة أمينه . وإذا هلكت أو فقدت عند أمينه بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان على المستودع ولا على الأمين .

يحفظ المستودع الوديعة التي أودعت بصورة مطلقة (يعني لم تقيد على الوجه المذكور في المادة (٧٨٤) مثل ماله يعني كما انه يحفظ ماله بالذات أو بمعرفة أمينه يحفظ الوديعة أيضاً أو بواسطة أمينه أي بواسطة من يأتمنه على ماله ومن هو أهل ومقتدر على الحفظ . وأما إذا كان المودع نهى عن اعطائها الأمين ينظر فإن كان المودع مجبوراً على ذلك لا يعتبر النهي وتعطى له . وإن لم يكن مجبوراً يعتبر النهي ولا تعطى . راجع المادة (٧٨٤) . وكما إن الأمين يحفظها بالذات له أن يحفظها أيضاً بواسطة أمينه (البحر) .

فقرة (أو) معطوفة على كلمة (بالذات) . يعني كما ان المستودع له أن يحفظ مال نفسه بالذات وبواسطة أمينه له أن يحفظ الوديعة أيضاً بالذات أو بمعرفة أمينه ، يعني أنه يلزم على المستودع حفظ الوديعة على الوجه المذكور . فإذا ضاعت الوديعة وهو يحافظ عليها بهذا الوجه لا يكون مسؤولاً ولا ضامناً . لأن المستودع حفظ الوديعة كما حفظ مال نفسه وجعل الوديعة بمنزلة ماله ولا يجب على المستودع شيء أكثر من ذلك .

ولكن ترك الحفظ بلا عذر يوجب الضمان . وأما ترك الحفظ بعذر لا يستلزم الضمان . كما لو سلم شخص أمتعته وحماره المحمل إلى رجل ذاهب إلى محل مع بغاله وأمره بأن يسلمها لفلان في المحل المذكور وبينما هو سائر وقع بغله في الطريق ولما كان مشغولاً به هرب الحمار الحامل الوديعة وفقد فإن كان يعلم أن بغله وأمواله تضيع على تقدير تركه اياها وانصرافه وراء الحمال المفقود لا يلزمه ضمان الحمار والأمتعة . كما ذكر في المادة (٦٠٩) وشرحها والحكم في الإجارة على هذا المنوال .

ويظهر من قوله في المجلة (يحفظها بواسطة أمينه ان للمستودع أن يدفعها لأمينه لأجل الحفظ وأما إذا طلبها الأمين كي يصرفها على نفسه وأعطاه اياها المستودع يضمنها (تكملة رد المحتار) .

هل المستودع أن يتقاضى اجرة لأجل الحفظ بلا مقاوله؟ .

ليس للمستودع أن يطلب اجرة مقابل هذا الحفظ . إلا إذا كانت مقاولة . لأنه لا اجرة لمن يعمل لأجل الغير أمانة . ما لم يكن وصياً وناظراً (رد المحتار) .

وكما أنه لا يلزم الضمان على المستودع على تقدير هلاك الوديعة بيده أو ضياعها بلا تعد ولا تقصير كما ذكر في المادة (٧٧٧) لا يلزم الضمان على الأمين ولا على المستودع إذا تلفت الوديعة أو فقدت بيد الأمين المذكور بلا تعد ولا تقصير بناء على المادتين (٩١ و ٧٧٧).

مثلاً إذا غسل غسال الثياب وعلقها في دكانه ثم ترك ابن أخيه لأجل الحفظ وذهب فسرقت الثياب من الدكان وحينما نزل مثلاً ابن الأخ إلى سرداب الدكان فإن كان ابن الأخ أجير الغسال وتلميذه وكان بالغاً أو صبياً مأذوناً ينظر: فإذا كانت الثياب في حالة انها ترى من السرداب لا يلزم الضمان على ابن الأخ ولا على الغسال. وعدم لزوم الضمان على الغسال مبني على انه حفظ الثياب بأمينه الذي في عياله وبأمينه على الإطلاق نظراً للقول الذي اختارته المجلة كما ان عدم ترتب الضمان على ابن الأخ نشأ عن انه يرى الثياب من المحل الذي نزل فيه ولم يترك الحفظ. وإذا كانت الثياب لا ترى من المحل الذي نزل فيه لزم الضمان على ابن أخ فقط. لأنه ترك الحفظ الواجب عليه ولا يلزم الضمان على الغسال إذا كان الصبي محجوراً لأن الصبي المحجور لا يؤآخذ على استهلاك وتضييع الوديعة (جامع أحكام الصغار) وقد مر إيضاحه في شرح المادة «٧٧٦».

إختلاف الفقهاء في الأمين والقول الذي اختارته المجلة: هل ان وجود هذا الأمين في عيال المستودع شرط؟

بيان اختلاف الفقهاء في هذا قال بعضهم أن وجود هذا الأمين في عيال المستودع أو في منزلة عياله شرط.

مثال على الابن في عيال أبيه للمستودع أن يحفظ الوديعة بواسطة ابنه الأمين البالغ أو الصبي المأذون الموجود في عياله فبناء عليه إذا أعطى المستودع الوديعة ابنه الموجود في عياله والغائب والحالة هذه عين البلد لأجل الحفظ وادعى ابنه أنه سلمها إلى ذاك الشخص الحاضر فالقول مع اليمين بأنه أعطاها الابن المرقوم لذاك الشخص قول المستودع. وكأنه المستودع يجعل الابن المرقوم محله (تكملة رد المحتار والبحر).

وفي هذه الصورة إذا ادعى المستودع بأنه أعطى الوديعة أمينه ابنه ذاك الموجود في عياله وبعد أن أنكر الابن توفي وكان الأب وارثاً له تضمن الوديعة من تركته.

مثال على منزلة عياله: إذا آجر شخص غرفة من غرف بيته إلى شخص آخر وسلم الوديعة إلى هذا المستأجر ينظر. فإن لم يكن للمؤجر والمستأجر مفاتيح على حدة وكان يدخل كل منهما بلا مانع إلى محل إقامة الآخر كان الضمان غير لازم. لأن هذا المستأجر في منزلة عيال المستودع. وإن كان لكل منهما مفتاح على حدة لزم الضمان على المستودع. لأن هذا المستأجر ليس في عيال المستعير ولا في منزلة عياله (تكملة رد المحتار).

ونظراً لقول بعض الفقهاء هذا إذا دفع المستودع الوديعة لشخص ليس في عياله يلزمه الضمان عند هلاكها وإن كان الشخص المذكور أمينه. راجع شرح المادة (٧٢٢) بخصوص تعريف العيال.

وعند البعض الآخر من الفقهاء متى حفظ المستودع الوديعة بواسطة شخص أمين له يجوز هذا الحفظ ولو لم يكن هذا الأمين في عياله ونظراً لهذا القول فللمستودع أن يحفظ الوديعة بواسطة وكيله الأمين وشريكه مفاوضة أو عناناً والحاصل بواسطة من يأتمنه على حفظ مال نفسه وإن لم يكن الوكيل مثلاً في عياله. لأن الحفظ على هذا الوجه يكون كحفظ المستودع مال نفسه فلا يجب ولا يلزم على المستودع أكثر من هذا. وكما ان الفتوى هي على هذا القول وبما أنه أفتى على هذا الوجه أيضاً في الفتاوى المسماة علي أفندي يظهر من إتيان لفظ أمين بصورة مطلقة في المجلة ان الإختيار وقع على هذا القول كما يستخرج ذلك أيضاً من عبارة (أو للشخص الذي اعتاد حفظ مال نفسه) الواردة في المادة (٨٧٤) ومن قوله «يحفظ المرتهن الرهن بالذات أو بواسطة أمينه كخادمه أو شريكه أو عياله» في المادة «٧٢٢». لأن كل فعل يلزم المرتهن الضمان من أجله يلزم الضمان على المستودع لسببه أيضاً. أما كل فعل لا يلزم المرتهن الضمان من أجله لا يلزم الضمان على المستودع لسببه أيضاً. ولكن الوديعة إذا هلكت لا تضمن (الزيلعي ورد المحتار) وأما المرهون إذا هلك يضمن بغيره.

الحفظ بواسطة غير الأمين: نظراً للقولين السالفي البيان يشترط لحفظ المستودع الوديعة بواسطة عياله أن تكون العيال أمناء وأشارت المجلة إلى هذا بلفظ أمين. بناءً عليه لا يجوز حفظ الوديعة بواسطة شخص غير أمين وإن كان في عيال المستودع.

أحوال ثلاثة في الأمين: الحاصل في الأمين ثلاثة أحوال.

المستودع الذي أودعت عنده الوديعة: (١) إما أن يُعلم الشخص أمين، (٢) أو أنه لا يعلم حالة ألبتة، (٣) أو يُعلم أنه غير أمين. وله أن يودعه في الصورة الأولى وليس له أن يودعه في الصورة الثالثة. وأما في الصورة الثانية له أن يودعه أيضاً وبناءً عليه لا يلزم الضمان على المستودع (الطحطاوي وتكملة رد المحتار) وفي هذه الصورة وإن كان لشخص أن يحفظ الوديعة بواسطة زوجته الأمينة الساكنة في غير محله فليس له أن يحفظها بواسطة زوجته غير الأمينة.

كما انه نظراً لقول الثاني له أن يحفظها بواسطة شريكه مفاوضة، وحيث ان هذا مشروط بكون الشريك أميناً فليس له آن يحفظها إن كان غير أمين. حتى انه إذا حفظها بواسطة الشريك وهلكت الوديعة بعد المفارقة بيد الشريك ولو بلا تعد يكون المستودع ضامناً. وبما ان فائدة قيد (بعد المفارقة) ستفهم من شرح المادة (٧٩٠) فلتراجع.

الفرق بين القولين في الأمين: يظهر من التقرير المشروح أن بين القولين المار ذكرهما عموماً وخصوصاً مطلقاً فالقول الأول أخص مطلقاً والقول الثاني أعم مطلقاً فحينما يكون إيداع المستودع لغيره وحفظه بواسطته صحيحاً يكون صحيحاً فى القول الثاني أيضاً.

الحكم في الحفظ بواسطة غير الأمين، إذا حفظ المستودع الوديعة عند غير أمين وهلكت بيده الوديعة فالمودع بالخيار، إن شاء ضمن المستودع وإن شاء ضمن ذلك الشخص. راجع المادة (٧٩٠). أما عند الإمام الأعظم فلا يرى أنه يلزم الضمان على ذلك الشخص على تقدير هلاك

الوديعة بيده بلا تعد ولا تقصير. ولكن يلزم الضمان على المستودع الأول في أي حال.

الفرق بين الحفظ عند الأمين والإيداع للغير: إذا حفظ المستودع الوديعة عند الأمين بموجب هذه الفقرة يكون كأنه أودعها له والحال أنه مصرح في المادة (٧٩٠) أنه ليس للمستودع أن يودع الوديعة لآخر فيحصل بناءً على هذا تناف بين هاتين المادتين فيجاب على ذلك بأن المادة(٧٩٠) مقيدة بهذه المادة يعني أنه ليس للمستودع عند آخر مطلقاً بل عند أمينه فقط (الدر المنتقى وتكملة رد المحتار وعلي أفندي).

﴿المادة ٧٨١﴾ للمستودع أن يحفظ الوديعة حيث يحفظ مال نفسه.

للمستودع أن يحفظ الوديعة حيث يحفظ مال نفسه المماثل للوديعة.

مكان الحفظ: يظهر من تعبير (حيث يحفظ) أن محل الحفظ يجوز أن يكون المأجور والمستعار أيضاً. فعليه كما ان للمستودع أن يحفظ الوديعة في بيته الذي هو ملكه وفي غرفته وفي دكانه له أيضاً أن يستأجر أو يستعير محلاً معيناً ويحفظها فيه. وإن لم يكن للمستودع مال هنالك.

وكما أنه للمستودع أن يضع الدراهم المودوعة في جيبه. حتى إنه إذا وضعها في جيبه وحضر إلى مجلس الفسق وسرقت هناك أو ضاعت بصورة أخرى لا يلزم الضمان، لأنه كما للمستودع أن يحفظ ماله في المحل الذي استأجره واستعاره وأن يضع دراهمه في جيبه له أن يحفظ الوديعة على ذلك الوجه أيضاً. وإنما إذا سكر المستودع وزال عقله وفقدت الدراهم فذهب بعض الفقهاء إلى لزوم الضمان.

وليس للمستودع أن يحفظ الوديعة في المحل الذي حفظ شخص آخر ماله فيه. لأنه ليس للمستودع أن يحفظ الوديعة في المحل الذي يحفظ فيه ماله الذي ليس مماثلاً للوديعة على ما هو محرر في المادة الآتية وليس له أن يحفظ الوديعة في المحل الذي يحفظ فيه شخص آخر مال نفسه. لأن المحل المذكور ليس بيد المستودع وإنما هو بيد الشخص المرقوم فبناءً على ذلك وضعه الوديعة في ذلك المحل يدل على أنه سلمها للغير أي لشخص ليس أميناً وهذا بحكم المادة (٧٩٠) مستلزم للضمان (البحر).

في هذه المادة يبحث عن محل حفظ الوديعة.
يشترط في محل حفظ الوديعة أن يكون محلاً محفوظاً.

حتى انه إذا ترك شخص الوديعة في دار مكشوفة الأطراف غير محاطة بحائط وغرفها عارية عن الأبواب وخرج منها وذهب وقت الوديعة يضمن. وقد سئلت عن خياطة في دار بهذه الصفة خرجت منها هي وزوجها ليلاً لعرس جارتها فسرقت ثيابها منها فأفتيت بالضمان والحالة هذه لأن مثل ذلك يعد تضييعاً. (تأمل تكملة رد المحتار).

أخذ الوديعة في السفر: إذا كان المستودع ذاهباً إلى محل بعيد أو قريب وكان الطريق أميناً فعند الإمام الأعظم له أن يأخذ الوديعة معه. سواءً أكانت الوديعة محتاجة إلى حمل ومؤونة أم لم تكن (البحر). كما ذكر في شرح المادة (٧٧٩).

لأن الأمر بالحفظ صادر من المودع بصورة مطلقة فكما أنه لا يتقيد بالزمان، لا يتقيد بالمكان أيضاً. (راجع المادة ٦٤). فإذا هلكت الوديعة والحالة هذه لا يلزم الضمان. راجع المادة (٩١).

والشيء المحتاج إلى حمل ومؤونة هو الذي يحتاج في حمله يعني في نقله إلى ظهر أو إلى اجرة (تكملة رد المحتار).

ولا يقال أن مؤونة الرد عائدة على المودع حيث ان مؤونة الرد والإعارة من مسافة السفر تكون زيادة فأخذ الوديعة في السفر ضرر على المودع. لأن هذه المؤونة من لوازم المودع الضرورية.

إلا أنه إذا أخذ المستودع الوديعة في السفر على هذا الوجه فإن كان ثمة احتياج إلى مؤونة الحمل فعلى من تكون عائدة هل على المودع أم على المستودع (الطحطاوي) ولعلها عائدة على المودع لأن منفعة الحفظ راجعة إليه (راجع المادة ٨٨) وأما إذا اختار المستودع هذا المصرف بلا أمر فيكون متبرعاً وليس له أن يرجع على المودع بعده (الشارح).

وأما إذا كان الطريق غير أمين فينظر حينئذ فإن كان سفره ضرورياً فله أن يأخذها وإن لم يكن ضرورياً وكان سفره مع أهله فلا يضمن وأما إذا كان سفره منفرداً فيضمن. (البحر).

أخذ الوديعة في السفر بحراً: السفر بحراً من الأسفار ذات الأخطار وقد ذكر صاحب البحر أن التلف والهلاك غالب فيه ولكن حيث أن نقل الأموال التجارية في السفن متعارف في زماننا والسلامة في أكثر الأحيان غالبة فيها فاللائق أن لا يكون فرق بين السفر بحراً والسفر براً فحينئذ للمستودع أن يأخذ الوديعة معه إن سافر براً أو بحراً (تكملة رد المحتار).

وبما أنه لم تكن السفن التجارية موجودة في زمن الفقهاء المتقدمين والأسفار كانت تحصل بالسفن ذات الشراع ولذلك كانوا يعدون السفر في البحر خطراً ومؤدياً للهلاك. وأما في الحالة الحاضرة فنظراً لوجود سفن تجارية جسيمة فلا خطر في السفر فيها. ففي هذه الصورة إذا نقل المستودع الوديعة في سفينة شراعية يجب عدها خطرة وان نقلها في سفينة تجارية يلزم عدها سالمة كما قال صاحب البحر (الشارح).

وإذا عين المودع مكان الحفظ أو نهى عن السفر بها فليس للمستودع أن يأخذها في سفره، يعني إذا عين المودع مكان حفظ لأجل الوديعة فليس للمستودع أن يغيره ولا أن يأخذها في السفر إذا نهى المودع عن ذلك. كما أنه ليس له أخذها إذا اشترطت اجرة في مقابلة حفظها. لأن الاستحفاظ مقابل الاجرة عقد معاوضة والتسليم لازم في مكان العقد (قطلوبغا في الوديعة وفيه تفصيل).

﴿المادة ٧٨٢﴾ يلزم حفظ الوديعة مثل أمثالها. بناءً عليه حفظ الأموال كالنقود والمجوهرات في محال كالإصطبل والتبن تقصير في الحفظ فإذا هلكت أو ضاعت لزم الضمان.

باختلاف الوديعة يختلف محل الحفظ أيضاً. لأن حفظ الوديعة كأمثالها لازم على المستودع. يعني أن حفظ الوديعة في حرز مثلها لازم وما كان حرزاً أي محل حفظ لنوع من الوديعة لا يكون حرزاً لنوع وديعة آخر.

فإذا وضع المستودع الوديعة في محل لا تحفظ فيها أمثالها فهذا الوضع والحفظ تقصير.

والفرق بين الحرز في الوديعة والحرز في السرقة: وأما في السرقة فما كان حرزاً لنوع من المال يكون حرزاً لنوع مال آخر وبناءً عليه يلزم الحد على من سرق الأموال الغالية الثمن كالنقود والمجوهرات من الإصطبل (تكملة رد المحتار).

الحكم في الحفظ في غير مثل الحرز وبعض المسائل المتفرعة عليه:

أولاً: يحفظ الحيوان المودع في الإصطبل وإذا فقد فيه لا يلزم الضمان وأما حفظ النقود والمجوهرات والأموال الغالية الثمن من الثياب وغيرها في محال من الإصطبل محل التبن والبستان والعرصة فهو تقصير في الحفظ فإذا هلكت أو فقدت الأموال المذكورة في أماكن كهذه لزم الضمان.

ثانياً: إذا وضع المستودع الوديعة في داره حيث يدخل ويخرج أشخاص كثيرون ينظر. فإذا كانت الوديعة شيئاً يمكن حفظه في حالة دخول وخروج اناس كثيرين لا يلزم الضمان على المستودع. والا يلزم الضمان.

ثالثاً: إذا وضع المستودع الوديعة في دار وترك بابها مفتوحاً وضاعت الوديعة لعدم وجود أحد في الدار كان ضامناً.

رابعاً: إذا ترك المستودع الوديعة في الحمام أو في الطريق أو في المسجد وغاب وفقدت الوديعة يكون ضامناً، لأن المستودع بهذا التقدير يكون قصر في الحفظ (تكملة رد المحتار والهندية).

خامساً: إذا تركت الوديعة في محل يسكنه الفار فأفسده ينظر. فإن كان المستودع أعلم المودع بأن الفار يدخل ذلك المحل ووضعها بأمره وإذنه فلا يلزم الضمان وأما إذا لم يخبر المودع مع علمه بدخول الفار ولم يسد المنافذ التي يدخل منها وأفسد الفار الوديعة يلزم الضمان على المستودع.

الحكم فيما لو ضاعت الوديعة بينما كان المستودع يحفظها كأمثالها:

وأما إذا ضاعت الوديعة في الحالة التي كان يحفظها المودع نظير أمثالها فلا يلزم المستودع الضمان بناءً على المادة (٧٧٧) ويقبل قوله أيضاً في هذا الخصوص مع اليمين بحكم المادة (١٧٧٤) (وتكملة رد المحتار).

﴿المادة ٧٨٣﴾ إذا تعدد المستودع ولم تكن الوديعة تصح قسمتها يحفظها الواحد بإذن الآخر أو يحفظونها بالمناوبة. وإن كانت الوديعة تصح قسمتها. يقسمونها بينهم بالتساوي ويحفظ كل منهم حصته. وليس لأحد أن يدفع حصته إلى المستودع الآخر بلا إذن المودع. فإن فعل وهلكت أو ضاعت بلا تعد ولا تقصير بيد الآخر لا يلزم الضمان على الآخذ.

يمكن إيداع الوديعة عند أكثر من شخص أيضاً. وفي هذه الصورة إذا تعدد المستودع بأن كان إثنين

أو أكثر ولم تكن الوديعة تسوغ قسمتها يعني أن تقسيمها غير ممكن البتة، كما لو كانت حيواناً أو إذا كانت تسوغ قيمتها ولكنها تنقص قيمتها عند تقسيمها كما لو كانت ثوباً. يحفظها أحدهم بإذن الآخر لأنه لما أودع المودع الوديعة لأشخاص أكثر من واحد فمع علمه أنهم لا يجتمعون على الحفظ ليلاً ونهاراً يكون رضي باثبات يد كلٍ واحد منهم. (راجع المادة ٧٧٢). والمادة (٧٩٠) ولا تنافي هذا الحكم. لأنه كما سيذكر في شرح المادة المذكورة قيد (بلا إذن) وهو هناك معتبر فكذا هنا الإذن موجود دلالة،

أو يحفظونها بالمناوبة أي بطريق المهايأة وتكون هذه المهايأة مهايأة في الحفظ من حيث الزمان (البحر تكملة رد المحتار).

الفرق بين الفقرتين:

نظراً لعطف هذه الفقرة على الفقرة الأولى بعبارة (أو) يوجد فرق بين الفقرتين. وظاهر الفرق هو: إذا كان المستودع إثنين مثلاً فللواحد منهما أن يحفظ الوديعة بصورة دائمة بموجب الفقرة الأولى. يعني أن ما ذكر في الفقرة الأولى هو الحفظ الدائمي. وفي الواقع أن الحموي قد اشتبه في جواز هذه الصورة وقال إذ قرر المستودعون الحفظ بطريق المهايأة في المال الذي لا تصح قسمته وترك أحدهم الوديعة عنده مدة تزيد على نوبته فحكم هذا متوقف على النظر والتأمل انتهى. لكن المجلة جوزت هذه الصورة.

وفي هذه الحالة يعني في الصورة الأولى وحالة حفظ أحدهم بإذن الآخر بصورة دائمة وحفظهم بالمناوبة في الصورة الثانية إذا هلكت الوديعة بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان على أحد منهم يعني لا على الآخذ ولا على الدافع. (راجع المادة ٩١). وأما إذا هلكت بتعد أو بتقصير يضمن المتعدي أو المقصر بموجب المادة (٧٨٧). ولا يلزم شيء على الآخر. والائمة الحنفية متفقون في حكم هذه الفقرة.

وإذا كانت الوديعة لا تصح قسمتها. كالدراهم والدنانير والمثليات السائرة يقسمها المستودعون فيما بينهم ويحفظ كل منهم الحصة التي تصيبه. مثلاً إذا أودع المودع ثلاثين ذهباً عند شخصين يحفظ كل منهما خمسة عشر ذهباً وإذا أودعها عند ثلاثة أشخاص يحفظ كل واحد منهم عشر ذهبات.

وليس للواحد أن يدفع كامل حصته أو جزءاً منها إلى المستودع الآخر بلا إذن المودع. لأن المالك عندما أودع الوديعة التي تسوغ قسمتها لأشخاص متعددين رضي بحفظ المتعدد ولم يرض بحفظ البعض ورضاه بحفظ الإثنين مثلاً لا يستلزم رضاه بحفظ الواحد (تكملة رد المحتار).

وهذه المسألة مذهب الإمام الأعظم وذكر الإمام المشار إليه هذه القاعدة في حق هذه المسألة وأمثالها:

(إذا جعل فعل الشخصين مضافاً إلى شيء قابل التجزيء يتناول البعض ولا يتناول الكل وبناء على هذا إذا سلم أحدهما للآخر يضمن لأن صاحب المال لم يرض به).

وهذه القاعدة جارية أيضاً في المسائل الآتي ذكرها. كما ان في المرتهن المتعدد والوكيل بالشرا

والعدول في الرهن والأوصياء والمستبضعين هو هكذا أيضاً. يعني أن الواحد من هؤلاء أي أحد المرتهنين مثلاً إذا سلم حصته إلى المرتهن الآخر وهلكت بيده يضمن بضمان الغصب. كما مر في شرح المادة (٧٢٠). وأما عند الإمامين رحمهما الله تعالى للواحد أن يحفظ. بإذن الآخر سواء أكانت الوديعة تجوز قسمتها أم لا لأن المودع رضي بأمانتهم (البحر).

قيل في هذه الفقرة (بدون إذن. . .) لأنه كما إن إيداع المستودع بإذن المودع السابق جائز فبإذنه اللاحق جائز أيضاً. كما سيذكر في شرح المادتين (٧٩٠ و ٧٩١).

إذا دفع أحد المستودعين كامل حصته من الوديعة أو البعض منها إلى المستودع الآخر بدون إذن المودع وهلكت بيد الآخر بلا تعد ولا تقصير لا يلزم على القابض يعني على الآخذ ضمان تلك الحصة لأن الآخذ عند الإمام الأعظم مستودع المستودع ولا يلزم الضمان على مستودع المستودع. راجع المادة (٧٧٧) «البحر وتكملة رد المحتار».

وأما الدافع فيضمن حصته راجع المادة (٧٩٠). يعني يضمن الذي دفع خمس عشرة ذهباً في المثال الأول المذكور في الشرح آنفاً وعشر ذهبات في المثال الثاني وليس على الآخذ ضمان.

قيل شرحاً تلك الحصة لأنها المقصودة وبالذات في هذه المادة وأما عدم ضمان الحصة الأخرى فهو مبني على المادة (٧٧٧).

﴿المادة ٧٨٤﴾ إن كان الشرط الوارد عند عقد الإيداع مفيداً وممكن الإجراء فهو معتبر. وإلا فهو لغو. مثلاً إذا أودع مال بشرط أن يحفظ في دار المستودع وحصلت ضرورة فانتقل إلى محل آخر لوقوع الحريق فلا يعتبر الشرط. وفي هذه الصورة إذا نقلت الوديعة إلى محل آخر وهلكت أو فقدت بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان. وإذا اشترط المودع على المستودع حفظ الوديعة وأمره بذلك ونهاه عن اعطائها زوجته أو ابنه أو خادمه أو لمن اعتاد حفظ مال نفسه فإن كان ثمة اضطرار لإعطائها ذلك الشخص فلا يعتبر النهي وإذا أعطى المستودع الوديعة في هذه الصورة إلى ذلك الشخص وهلكت أو فقدت بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان. وإذا أعطاها ولم يكن اضطراراً لذلك يضمن، كذلك إذا شرط حفظها في الغرفة الفلانية من الدار وحفظها المستودع في غرفة أخرى فإن كانت الغرف متساوية في أمر المحافظة فلا يعتبر ذلك الشرط. وإذا هلكت الوديعة في هذه الحالة لا يلزم الضمان أيضاً وأما إذا كان بينهما تفاوت كما لو كانت إحدى الغرف من الحجر والأخرى من الخشب فيعتبر الشرط لكونه مفيداً ويكون المستودع مجبوراً على حفظها في الغرفة المشروطة لها. وإذا وضع الوديعة في غرفة أدنى منها في الحفظ وهلكت يضمن.

إن الشرط الذي يورده المودع أثناء عقد الإيداع أو بعد عقد الإيداع ويقبله المستودع معتبراً إذا كان ممكن التنفيذ يعني إن كان تنفيذه وإيفاؤه ممكناً ومفيداً أي نافعاً للمودع. ويلزم على المستودع رعاية ذلك الشرط حتى إذا لم يراعه وهلكت الوديعة أو طرأ نقصان على قيمتها يضمن. راجع المادة (٧٨٧). وإن لم يكن ممكن التنفيذ ومفيداً فهو لغو. ولا يلزم على المستودع رعاية ذلك الشرط وبناء عليه إذا هلكت الوديعة أو فقدت من أجل ذلك لا يضمن المستودع (راجع شرح المادة ٨٣).

يحصل من تحليل هذه المادة أربعة أحكام: إثنان في جهة المثبت وإثنان في جهة المنفى.

الحكم الأول: إن كان الشرط الوارد أثناء عقد الإيداع ممكن التنفيذ فهو معتبر.

الحكم الثاني: إن كان الشرط الوارد أثناء عقد الإيداع مفيداً فهو معتبر.

الحكم الثالث: إن كان الشرط الوارد أثناء عقد الإيداع غير ممكن التنفيذ فهو لغو ولو كان مفيداً.

الحكم الرابع: إن كان الشرط الوارد أثناء عقد الإيداع غير مفيد فهو لغو ولو كان ممكن التنفيذ.

وسنوضح هذه الأحكام الأربعة بالأمثلة الآتية بصورة النشر على غير ترتيب اللف.

مثلاً لو أودع مال بشرط أن يحفظ في دار المستودع وحصلت ضرورة لنقله إلى محل آخر لوقوع الحريق فلا يعتبر ذلك الشرط لعدم فائدته فإذا نقلت الوديعة بهذه الصورة إلى محل آخر وهلكت أو فقدت هناك بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان. راجع المادة (٩١). وإنما يشترط في ذلك أن يكون الحريق غالباً محيطاً بدار المستودع وإذا لم يكن الحريق محيطاً بدار المستودع فعلى هذا التقدير لا يخاف من أن تحترق الوديعة يلزم الضمان على المستودع في حالة تسليمها إلى شخص اجنبي.

هذا المثال الحكم الرابع.

وفي الحقيقة وإن كانت رعاية المستودع بهذا الشرط ممكنة فإذا راعاه يكون عدم نقله الوديعة إلى محل آخر غير مفيد للمودع لا بل مضراً له باحتراق الوديعة. ولكن إذا نقل المستودع الوديعة إلى محل آخر وادعى هذه الضرورة بناء على هلاكها هنالك فأنكر المودع لا يصدق المستودع بلا بينة. لأن النقل إلى محل آخر على هذا الوجه موجب للضمان في حد ذاته فإدعاء الضرورة إدعاء مسقط الضمان بعد وجود السبب وهذا لا يصدق بلا بينة، ولكن إذا ادعى المستودع حصول الاضطرار للنقل إلى محل آخر لحريق وقع في داره فإن كان وقوع الحريق في داره معلوماً يصدق المستودع بيمينه.

خلاصة الكلام، متى ثبت بالبينة وقوع الحريق في دار المستودع لا يبقى احتياج لإثبات أنه دفع الوديعة للآخر خوفاً من أن تحترق (تكملة رد المحتار).

وإذا شرط المودع على المستودع حفظ الوديعة بنفسه وبالذات وأمره بذلك ونهاه عن اعطائها زوجته أو ابنه أو خادمه أو شخصاً اعتاد من القديم حفظ مال نفسه ـ أي مال المستودع ـ أو أجنبياً كوكيله أو شريكه مفاوضة كما ذكر في شرح المادة (٧٨٠) فإن كان ثمة اضطرار واحتياج لإعطاء الوديعة ذلك الشخص لا يكون النهي والشرط معتبرين لعدم وجود الإمكان لتنفيذهما.

سؤال، شرط حفظ الوديعة على المستودع ليس أمراً لازماً إذ أنه يلزم الحفظ على المستودع بعقد

الوديعة على ذكر في شرح المادة (٧٧٧). فلا لزوم إذن للقول في هذه الفقرة «إذا شرط وأمر».

الجواب، مقصود الحفظ بنفسه وبالذات كما ورد شرحاً.

متى تحصل ضرورة الإعطاء إلى ذلك الشخص!.

تحصل ضرورة الإعطاء إلى ذلك الشخص حينما تكون الوديعة شيئاً يحفظ بيده كما لو كانت من المجوهرات ونهاه عن إعطائها زوجته أو فرساً ونهاه عن دفعها إلى السايس.

فإذا أعطاها المستودع ذلك الشخص بهذه الصورة على شرط أن يكون أميناً ـ وهلكت أو فقدت بيده أو طرأ نقصان على قيمتها بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان. لأن الحفظ بهذه الصورة مع مراعاة الشرط غير ممكن والشرط المذكور غير مفيد إذن (البحر). الظاهر بمعنى أنه غير ممكن التنفيذ. (الشارح)

مثلاً إذا أودع شخص عند آخر حيواناً ونهاه عن إعطائه إلى خادمه فأعطاه ذلك الشخص خادمه جبراً يعني أنه كان المستودع مجبوراً لإعطائه اياها لعدم وجود أمين يحفظها فضاعت بيده لا يضمن. وأما إذا أعطاه اياها مع وجود خادم غيره يحفظ الوديعة وهلكت يكون ضامناً.

وكذلك إذا نهى المودع عن إعطاء عقد الجوهر المودع إلى زوجته فلانة فإن كان للمستودع أمينة أخرى تحفظ تلك الوديعة كزوجة أخرى مثلاً فالنهي معتبر وإلا فلا. (تكملة رد المحتار والزيلعي والبحر).

وفي الشخص الذي حصل النهي عن اعطائه الوديعة احتمالان:

الاحتمال الأول: أن تكون الوديعة شيئاً يحافظ عليه بذلك الشخص. كما لو كانت الوديعة جوهراً ونهي عن إعطائه زوجته أو فرساً ونهى عن إعطائها سائسه.

الإحتمال الثاني: أن تكون تلك الوديعة شيئاً لا يحفظ بيد ذلك الشخص. كما لو كانت جوهراً ونهى عن إعطائه خادمه أو فرساً ونهى عن إعطائها زوجته. ونظراً لإيضاح الزيلعي أن الصورة المذكورة في المجلة هي الصورة الأولى وأما حيث أن النهي المذكور في الصورة الثانية مفيد فمخالفته توجب الضمان

هذا المثال مثال الحكم الثالث ويكون مثالاً للحكم الثاني أيضاً باعتبار الفقرة وإن لم تكن ضرورة الآتي ذكرها.

مثال ثان للحكم الثالث المذكور ـ إذا اقترب أجل المرأة المستودعة وسلمت الوديعة إلى جارها فإن لم يكن عند المذكورة أمين يجوز دفع وتسليم الوديعة له لا يلزم الضمان عليها (الخانية وتكملة رد المحتار والبحر).

مثال ثالث على الحكم الثالث المذكور ـ إذا قال المودع لا تحفظ الوديعة في الغرفة الفلانية لأنها غير حصينة وحفظها المستودع في تلك الغرفة وضاعت فإن لم يكن عنده محل حصين غير تلك الغرفة لا يضمنها المستودع. وإن كان عنده محل غيرها وكان مقتدراً على نقلها إليها يجري حكم المثال الآتي.

مثال رابع على الحكم الثالث المذكور ـ إن قول المودع للمستودع إحفظ الوديعة بيدك ولا تتركها

من يدك ليلاً ونهاراً شرط غير ممكن التنفيذ وبناءً عليه فهو لغو.

وإذا أعطاها لذلك الشخص ولم يكن ثمة اضطرار واحتياج لذلك وتلفت أو ضاعت ولو بلا تعد ولا تقصير فحيث إن النهي مفيد يكون المستودع ضامناً إن كان هلاكها حصل بعد مفارقة المستودع الأول للمستودع الثاني وغيبوبته عن عينيه. ويجري في هذا الضمان الذي على هذه الصورة التفصيلات التي ستذكر في شرح المادة (٧٩٠).

وسبب الضمان في هذه الصورة هو إن الناس مختلفون في الأمانة والكياسة والدين ومعرفة الأشياء التي توجب الشين.

فبناءً عليه يكون الشرط المذكور مفيداً. وأما إذا وقع هلاك الوديعة وضياعها قبل أن يفارق المستودع الأول المستودع الثاني فحيث أن الوديعة تكون حينئذ في حفظ المستودع الأول فعلى تقدير هلاكها بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان لا على المستودع الأول ولا على المستودع الثاني.

يكون عدم وجود اضطرار إعطاء الوديعة للغير على وجهين:

وورد في المجلة (إذا لم يكن ثمة أضرار).

الوجه الأول ـ أن تكون الوديعة شيئاً خفيفاً كساعة جيب وخاتم فيعطها المستودع لأمينه مع اقتداره على حفظها واستصحابها بنفسه. وفي هذا التقدير يلزم على المستودع أن يحفظها بنفسه دون أن يكون مجبوراً على إعطاء الوديعة أمينه وليس له أن يدفع شيئاً خفيفاً لغيره لأجل حفظه.

الوجه الثاني ـ أن يكون للمستودع أمين يحفظ الوديعة غير الأمين الذي نهى المودع عنه (البحر) كذلك إذا شرط حفظ الوديعة في الغرفة الفلانية من الدار وحفظها المستودع في غرفة غيرها من تلك الدار ـ سواء أنهى عن حفظها في غرفة غيرها أم لم ينه ـ وعلى تقدير حفظها في غرفة غيرها من تلك الدار فإن كانت الغرف متساوية في أمر المحافظة أو كانت تلك الغرفة الأخرى أقوى في الحفظ فحيث أن الشرط على ذلك التقدير غير مفيد فلا يعتبر. لأن كل الدار حرز واحد. والدليل على هذا: أنه اذا نقل السارق المال من غرفة إلى أخرى لا يلزمه حد السرقة (تكملة رد المحتار).

كما لو شرط وضع النقود المودعة في كذا كيس ووضعت في غيره وفقدت لا يلزم الضمان. كما أنه يجوز وضع النقد المودع بشرط وضعه في الكيس في الصندوق يجوز حفظ النقود المودعة بشرط أن توضع في الصندوق في الغرفة. لأن هذه الشروط وإن كانت ممكنة التنفيذ فليست مفيدة.

وإذا هلكت الوديعة في هذه الحالة فكما أنه لم يلزم الضمان في أمثلة الحكم الرابع والحكم الثالث فلا يلزم في هذا أيضاً.

وكذلك الشروط التي مثل (خذ الوديعة بيدك اليمنى ولا تأخذها باليد اليسرى) أو أنظر الوديعة بالعين اليمنى ولا تنظر إليها بالعين اليسرى لغو ومخالفتها لا توجب الضمان.

كما لو دخل شخص الى دار آخر ونقل بلا إذن الثوب من إحدى غرفها إلى غرفة أخرى ينظر فإن كانت الغرف متساوية في الحرز فلا يلزم الضمان ويلزم إن كانت غير متساوية.

أما إذا كانت إحدى الغرف يعني الغرفة التي شرط في الحفظ فيها حجراً والأخرى أي التي حفظ المستودع فيها مخالفاً الشرط خشباً أو كانت احداهما فوق السوق والأخرى ليست فوقه يعني إذا كان يوجد تفاوت بينهما في أمر المحافظة فالشرط مفيد معتبر والمستودع مجبور على حفظ الوديعة في الغرفة المشروطة لها أي الغرفة التي من حجر أو ليست فوق الطريق. وبناءً عليه إذا وضعها في غرفة أدنى من تلك الغرفة في المحافظة وهلكت الوديعة ضمنها. وهذا المثال مثال الحكم الثاني.

كما لو أودعت وشرط الحفظ في هذا الصندوق وحفظها في غير صندوق لا يلزم الضمان ولكن إذا كان أحد الصندوقين من خشب والآخر خزانة من حديد يلزمه الضمان إذا هلكت في حالة حفظه اياها في صندوق من الخشب.

كذلك قيد (تلك الدار) الواقع في المثال وهو (كذلك لو شرط الحفظ في الغرفة الفلانية من الدار)

احترازي عند بعض الفقهاء. لأن المال الذي أودع بشرط أن يحفظ في تلك الدار الكائنة في المحلة الفلانية لا يحفظ في دار غيرها. وإن كانت الدار الأخرى أحرز من الأولى. لأن الدارين تكونان غالباً مختلفتين في الحرز وبناءً عليه يكون الشرط المذكور مفيداً.

وعند البعض الاخر إن كانت الدار الأخرى مساوية في الحفظ لتلك الدار أو أحصن منها يجوز حفظها في تلك الدار الأخرى. فقيد (تلك الدار) نظراً لهذا القول ليس احترازياً (تكملة رد المحتار والهندية). وظاهر عبارة المجلة يدل على أن القول الأول هو المختار.

كما انه لو شرط الحفظ في كذا بلدة وحفظت في بلدة أخرى يلزم الضمان. راجع المادة (٧٨٧) وقد ظهرت من التفصيلات المحررة أسباب تعدد الأمثلة في هذه المادة.

﴿المادة ٧٨٥﴾ إذا غاب صاحب الوديعة ولم تعلم حياته ومماته يحفظها المستودع إلى أن تتبين وفاته. وإن كانت الوديعة من الأشياء التي تفسد بالمكث فله أن يبيعها بإذن الحاكم ويحفظ ثمنها أمانة عنده. وأما إذا لم يبعها وفسدت بالمكث فلا يلزم الضمان.

إذا غاب صاحب الوديعة ولم يعلم المكان الموجود فيه ولا حياته ومماته يعني إذا صار مفقوداً يحفظ المستودع الوديعة إلى أن تتبين وفاته وتتحقق ورثته. يعني أنه يلزم عليه الحفظ لذلك الحين وإلا فكما أنه ليس للمستودع بناء على فقد صاحب الوديعة وغيبوبته أن يتصدق بها على أحد أو يعطيها لورثته أو يصرفها ويستهلكها على أموره أو أن يردها إلى بيت المال فليس لمأمور بيت المال أيضاً أن يطلبها من المستودع. لأن يد المستودع قائمة مقام يد المفقود. بناءً عليه وكما ان ليس لأمين بيت المال أن يأخذ المال الموجود بيد المفقود بالذات فليس له أن يأخذ المال الذي بيد المستودع أيضاً.

غير أنه إذا كانت الوديعة من الأشياء التي تفسد بالمكث بأن كانت صوفاً مثلاً فله أن يبيعها بإذن

الحاكم ويحفظ ثمنها أمانة عنده مثل أصلها. يعني أن اللائق والمناسب بالمستودع أن يبيع الوديعة المذكورة على الوجه المحرر بإذن الحاكم وأن يحفظ ثمنها ولكن إذا لم يكن في البلدة حاكم يبيعها الوديع بالذات ويحفظ ثمنها. وأما ما دامت مراجعة الحاكم ممكنة فإذا باعها المستودع بدون المراجعة يكون بيعاً فضولياً وتجري فيه أحكام البيع الفضولي. وأما إذا لم يبعها وفسدت بالمكث فلا يلزم الضمان. لأن المستودع حفظ الوديعة على الوجه الذي أمر به حيث أن عدم بيعه اياها امتناع عن عمل الخير أكثر مما هو مأمور به، ففساد الوديعة على هذه الصورة لا يعد تقصيراً أيضاً.

مثلاً لو كانت الوديعة من الصوف أو شيئاً يفسده العث ولم يبعها المستودع ولم يعرضها إلى الشمس والهواء في الصيف وأفسدها العث فهلكت لا يلزم الضمان. ذكر في كتب الشافعية ان عرض وديعة كهذه إلى الشمس والهواء والارتداء بها إن كانت من الأشياء التي يفسدها العث لازم كما ان لبس الثياب وإلباسها غيره لازم أحياناً لا سيما إذا كانت من الحرير واقتضى ذلك لأجل محافظتها من آفات مثل هذه وأنه إذا ترك المستودع هذا اللزوم وفسدت الثياب يكون ضامناً. إنما إذا كان المودع نهى المستودع عن هذه الأشياء فلا يلزم المستودع الضمان (الباجوري).

وتظهر وفاة الغائب على وجهين:

ورد في المجلة (إلى أن تتبين وفاته) وتبين وفاة الغائب المرقوم يكون على وجهين.

الوجه الأول: تبين وفاة المفقود حقيقة. تظهر وفاته حقيقة وتثبت بالشهادة. كما لو كان للمفقود بيد المستودع مال أو دين عند أحد فلوارثه أن يدعي بالوديعة ويطلبها من المستودع ويدعي بالدين ويطلبه من المدين. مثلاً إذا ادعى ابن المفقود على مدين والده قائلاً بما ان والدي توفي وقد بقي دينه الذي بذمتك البالغ كذا قرشاً ميراثاً لي فاعطني اياه ومع إقرار المدين وإثبات وفاة والده بالشهود تثبت وفاة المفقود حقيقة. كما لو ادعى وارث الغائب والمفقود المذكور بأنه نظراً لوفاة مورثة في الوقت الفلاني انتقل إرث الوديعة إليه فقط وطلب تسليمها له مثبتاً الوفاة بالبينة يثبت موت الغائب المرقوم وتجري المعاملة والحالة هذه على الوجه المحرر في المادة (٨٠٢).

الوجه الثاني: تبين وفاة المفقود حكماً. يعني إذا أكمل المفقود سن التسعين اعتباراً من تاريخ ولادته يحكم بوفاته حكماً. لأن الحياة بعد هذا الوقت نادرة ولا اعتبار للنادر على ما ذكر في المادة ٤٢ من المجلة. إنما وفاة المفقود حكماً بعد إكماله سن التسعين يحصل بحكم الحاكم. وإلا لا يعد أنه توفي حكماً بمجرد إكماله سن التسعين بدون حكم الحاكم. وحكم الحاكم إنما يكون ضمن دعوى. كما لو ادعى وارث المودع على المستودع بقوله أن مورثي أكمل سن التسعين ووديعته موروثة لي فاعطني اياها وأنكر المستودع إكماله سن التسعين فأثبت الوارث هذه الجهة يحكم الحاكم بموت المفقود وإعطاء الوديعة إلى المدعي.

وبعد أن أثبت المفقود وفاة المفقود حقيقة بالبينة إذا ظهر المفقود حياً يكون المورث المرقوم مخيراً. إن شاء ضمن الوارث. وإن شاء ضمن الشهود. وإلا فليس له أن يضمن المستودع. لأن إعطاء

المستودع والحالة هذه الوديعة إلى الوارث جائز بل واجب بناء على حكم الحاكم والجواز الشرعي مناف للضمان بناءً على المادة (٩١).

ولكن إذا حكم بوفاة المفقود على الوجه الثاني وبعد أن أعطيت الوديعة إلى الوارث ظهر المفقود حياً يأخذ ما كان موجوداً عيناً بيد الوارث وليس له أن يضمنه ما هلك (رسالة المفقود بزيادة).

﴿المادة ٧٨٦﴾ نفقة الوديعة التي تحتاج إلى نفقة كالفرس والبقرة عائدة على صاحبها. فإذا كان صاحبها غائباً يراجع المستودع الحاكم وهو أيضاً يأمر بإجراء الصورة التي هي أصلح وأنفع في حق صاحب الوديعة. مثلاً إن كان إيجار الوديعة ممكناً يؤجرها المستودع برأي الحاكم وينفق من إجرتها ويحفظ الفضل للمودع. أو يبيعها بثمن مثلها. وإن كان إيجارها غير ممكن يبيعها في الحال بثمن مثلها أو بعد أن ينفق عليها من مال نفسه ثلاثة أيام ويطلب مصرف الثلاثة أيام من صاحبها وأما إذا أنفق بدون إذن الحاكم فليس له أن يأخذ ما أنفقه من المودع.

تعود نفقة الوديعة التي تحتاج إلى نفقة كالفرس والبقرة على صاحبها أي على المودع. راجع المادة (٨٨). وعلى هذا التقدير إذا هلكت الوديعة لعدم إنفاق المستودع من ماله أو لعدم ترك المودع نفقتها للمستودع لا يلزم ضمان على المستودع. وورد في كتب الشافعية أن المستودع يراجع المودع أو وكيله لأجل النفقة ويطلب إعطاءها أو استرداد الحيوان المودع. وأما إذا كان المودع ترك النفقة ولم ينفق المستودع ولم يسلم الوديعة إلى المودع مع فسخ عقد الوديعة وهلكت بيده يضمن.

إذا كان صاحبها ـ هل المقصود من الغائب هنا المفقود أو الشخص الموجود في مسافة السفر كما هو في الغائب المذكور في المادة (٧٩٩) أم على الإطلاق أم الشخص الساكن والمقيم في قصبة وبلدة غير البلدة التي يقيم فيها المستودع. لم أظفر بهذه المسألة وتحتاج إلى تحر وتفتيش ـ ويراجع إذ ذاك المستودع الحاكم وعندما يطلب إذناً ورخصة للإنفاق إذا أثبت المستودع أن المال المذكور وديعة بيده وإن صاحبه غائب يأمر الحاكم المستودع بإجراء الصورة التي هي أكثر نفعاً وصلاحاً في حق صاحب الوديعة. لأن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة بموجب المادة (٥٨). كما لو كانت الوديعة شيئاً كالبغل والحصان وكان إيجارها ممكناً فيؤجرها المستودع برأي الحاكم وينفق من اجرتها ويحفظ الفضل للمودع. وفي الواقع وإن كان محرراً في المادة (٧٩٢) أنه ليس للمستودع أن يودع الوديعة لآخر فهذه المسألة الشرعية مستثناة من تلك المسألة. أو يبيعها بثمن مثلها برأي الحاكم ويحفظ الثمن المذكور للمودع. ولا يكون هذا البيع بيعاً فضولياً.

وإذا كان إيجار الوديعة غير ممكن يبيعها بإذن الحاكم في الحال يعني بدون أن ينفق ثلاثة أيام كما هو مذكور في الفقرة الآتية أو بعد أن ينفق من ماله يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام بالأكثر على أمل أن يحضر المالك ثمن مثلها وعندما يحضر صاحبها يطلب منه مصرف الثلاثة أيام. الإنفاق لحد ثلاثة أيام هو على أمل أن

يحضر المالك ولا يؤمر بالإنفاق أكثر من ثلاثة أيام (تكملة رد المحتار). وإذا صرف أكثر فليس له أن يطلب ويأخذ الزيادة من المودع. غير أنه إذا كانت الوديعة حيواناً لا يجب أن يتجاوز هذا المصرف قيمة الحيوان فإن تجاوزها فللمستودع أن يطلب قيمتها فقط وليس له أن يطلب أكثر منها. وذكر في كتب الشافعية أنه إذا أمر المودع المستودع قبل الغيبة بعدم الإنفاق على الحيوان فلم ينفق وهلك الحيوان لا يلزم الضمان ولكنه يكون المستودع اختار الحرمة لسبب حرمة ذي الروح (الباجوري) ولربما كانت هذه المسألة غير مخالفة للمذهب الحنفي.

أما إذا صرف المستودع على الوديعة بدون إذن الحاكم في الثلاثة أيام المذكورة أو قبلها فذلك تبرع وليس له أن يأخذ هذا المصرف من المودع. راجع القاعدة المحررة في شرح المادتين (٧٢٥ و ١٥٠٨).

طلب البينة من المودع الذي طلب الإذن بالإنفاق:

إذا راجع المستودع الحاكم لأجل الإنفاق أو لأجل بيع الوديعة كما ذكر شرحاً يطلب الحاكم من المستودع بينة على أن ذلك المال وديعة بيده وان صاحبه غائب. لأنه من المحتمل أن لا يكون ذلك المال وديعة بيده وأن يكون مغصوباً أو أن يكون صاحبه حاضراً. وحيث ان هذه البينة هي لأجل استكشاف الحال وليست لأجل الحكم فلا يلزم أن يحضر الخصم فيها. والحكم في الإنفاق على اللقطة أيضاً على الوجه المحرر كما ذكر في شرح المادة (٧٧٠).

﴿المادة٧٨٧﴾ إذا هلكت الوديعة أو طرأ نقصان على قيمتها في حال تعدي المستودع أو تقصيره يلزم الضمان. مثلاً إذا صرف المستودع النقود المودعة عنده في أمور نفسه واستهلكها أو دفعها لغيره وجعله يستهلكها يضمن. وفي هذه الصورة إذا صرف النقود التي هي أمانة عنده على ذلك الوجه ثم وضع محلها من مال نفسه وضاعت بدون تعديه وتقصيره لا يخلص من الضمان. وكذلك إذا ركب المستودع الحيوان المودع عنده وهلك الحيوان أثناء سيره في الطريق سواء أكان بسبب سرعة السوق أم بسبب آخر أم سرق في الطريق يضمن المستودع ذلك الحيوان. كذلك إذا كان المستودع عند وقوع الحريق مقتدراً على نقل الوديعة إلى محل آخر فلم ينقلها واحترقت لزم الضمان.

يعني أنه على تقدير هلاك الوديعة بالوجه المحرر فكما أن وفاء بدلها لازم على المستودع إذا طرأ نقصان على قيمتها لزم ضمان النقصان المذكور. راجع المادة (٨٠٣).

وفي هذه المادة أربعة أحكام. الأول: هلاك الوديعة في حال تعدي المستودع الثاني: هلاك الوديعة في حالة تقصير المستودع الثالث: طروء نقصان على قيمة الوديعة في حال تعدي المستودع الرابع: طروء نقصان على قيمة الوديعة في حال تقصير المستودع. فكل هذه موجبة للضمان وكما أن المثال الأول والثاني من الأمثلة المذكورة في المجلة وارد أن على الحكم الأول والمثال الثالث وارد أيضاً

على الحكم الثاني.

وقد ذكر بعض المسائل المتعلقة بالتعدي والتقصير في شرح المادة ٧٧٩ وبعضها مذكور في هذه المادة.

غير أنه إذا ترك المستودع بعد تعديه على الوديعة التعدي ورجع إلى الوفاق ثم بعد ذلك هلكت الوديعة بلا تعد هل يلزم الضمان وهذه الجهة محتاجة للإيضاح فوجب إعطاء التفصيلات الآتية كما يلي:

الأمانات قسمان ففي البعض منها يزول الضمان بالعودة إلى الوفاق بعد التعدي وفي البعض لا يزول. كما يفهم من الإيضاحات الآتية.

وقد ورد في المادة ٨٦٤ التي هي في مقام هذه المادة في العارية أنه إذا حصل تعد أو تقصير من المستعير وهلكت العارية بأي سبب كان أو طرأ نقصان على قيمتها يلزم الضمان وجاء في هذه المادة (بحالة تعديه أو تقصيره) يعني بالإشارة إلى أن كون التعدي أو التقصير موجباً للضمان مشروط بهلاك الوديعة أوبطروءنقصان على قيمتها في حالة التعدي أو التقصير. ولذلك بادرنا بايضاح هذه المسألة كما يلي:

الأمانات على قسمين:

القسم الأول ـ الأمانات التي نفع وضع يد الشخص الذي اتخذ أميناً على تلك الأمانات يعني فائدة عمل حفظه يكون عائداً إلى صاحب المال فقط وتقوم يد الأمين مقام يد مالكها كالوديعة.

لأن نفع وضع يد المستودع في الوديعة وفائدته عائدان إلى المودع الذي هو صاحب المال فقط وليس للمستودع في وضع اليد هذا نفع دنيوي ما.

وفي هذا القسم من الأمانات إذا رجع الأمين إلى الوفاق بعد التعدي يبرأ من الضمان. لأن يد هذا الأمين يد صاحب المال تقديراً فمن عاد إلى الوفاق بعد التعدي فالأمانة التي اكتسبت حكم المغصوب بالتعدي فبالعودة إلى الوفاق تكون كأنها أعيدت ليد صاحب المال.

فكما أن الغاصب يصير بريئاً متى أعاد المال المغصوب إلى صاحبه حقيقة بحكم المادة (٨٩٢) يبرأ الأمين أيضاً من حكم التعدي متى عاد إلى الوفاق بعد التعدي.

القسم الأول من الأمانات هو هذا: (١) الوديعة: (٢) المال المستعار لأجل الرهن والذي لم يرهن بعد: (٣) مال الشركة الموجود بيد الشريك في شركة العنان أو شركة المفاوضة: (٤) مال المضاربة الموجود بيد المضارب: (٥) البضاعة بيد المستبضع: (٦) المال الموجود بيد الوكيل بالبيع والإيجار والاستئجار وستفصل هذه المسائل في شرح المادة (٨١٤).

إذا تعدى المستودع على الوديعة ولم يترتب عليها ضرر ما من هذا التعدي وترك التعدي على نية أن لا يعود إليه مرة ثانية ثم هلكت بلا تعد ولا تقصير يعني إذا وقع الهلاك بعد أن عاد إلى الوفاق بعد التعدي لا يلزم الضمان بموجب المادة (٢) جاء (ولم يترتب ضرر ما). لأنه إذا ترتب نقصان بسبب التعدي والاستعمال يضمن ذلك النقصان. حيث يكون حبس هذا النقصان عن صاحبه بوجه التعدي أي

أصبح غير مقتدر على إعادة النقصان المذكور إلى صاحب المال. وبينما كان الضمان يزول في الوديعة بإزالة التعدي بعد وقوعه لا يزول الضمان في العارية والمأجور بإزالة التعدي بعد وقوعه على ما سيوضح قريباً لأن البراءة من الضمان تحصل بإعادة الوديعة والأمانة إلى يد صاحب المال حقيقة أو حكماً وحيث إن أيدي المستعير والمستأجر هي نفسهما وعملهما لنفسهما فكما أنها لن تصل حقيقة إلى يد صاحبها بمجرد ترك المخالفة لن تصل إلى يده حكماً أيضاً. وأما الوديعة فليست كذلك. لأن عمل المستودع وحفظه هو لأجل المودع ويده في حكم يد المودع (البحر وتكملة رد المحتار).

فلتوضح المسألة الآنفة في حق البراءة من الضمان بإزالة التعدي بعد التعدي بمثال.

مثلاً إذا ركب المستودع الحيوان المودع بلا إذن واستعمله بهذا الوجه يكون تعدٍّ ويصير الراكب في حكم الغاصب. إلا أنه بعد استعماله اياه على هذه الصورة ودون أن يترتب عليه ضرر ما يعني دون أن يهلك أو يطرأ نقصان على قيمته إذا ترك الركوب على أن لا يتعدى يعني أن لا يركبه مرة ثانية وحفظه كما في السابق يصير بريئاً وتنقلب يد الضمان إلى يد الأمانة كما كانت. حتى إذا هلك الحيوان أو فقد بعد ذلك بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان.

أما إذا ركبه يوماً وبعد ذلك ربطه في الإصطبل مساء على أن يركبه صباحاً أي بنية ركوبه عند الصباح وسرق تلك الليلة أو هلك حتف أنفه يضمنه المستودع. أنظر المادة (٢) (البحر).

وإذا نزع المستودع الثياب بعد أن لبسها أو رفع السجاد بعد أن فرشه أو بعد أن وضع الوديعة في محل لا تحفظ فيه أمثالها رفعها منه وخبأها في محل حصن آخر أو بعد أن حفظ الوديعة عند غير أمينه أخذها منه وهلكت بلا تعد ولا تقصير بيده فالحكم على المنوال المشروح.

اختلاف في إزالة التعدي: إذا اختلف في إزالة التعدي وعدمه ينظر. إذا أقر المودع بإزالة التعدي فيها. أو أنكر فإقامة البينة لازمة على المستودع. لأن هذه الحال بادئ ذي بدء موجبة للضمان نظراً لأن الإدعاء بأن عمل المستودع اياه هو بإذن المودع إدعاءه بأمر عارض وبناء على أن الأصل في الصفة العارضة هو العدم لا يصدق إدعاؤه هذا بلا بينة. (البدايع بزيادة).

فما اعتمد عليه العلماء هو على الوجه المشروح وإنما ذكر بعض الفقهاء أن القول في حق العودة إلى الوفاق للمستودع وليس مجبوراً على إقامة البينة. لأن المستودع ينفي عن نفسه (تكملة رد المحتار).

وإذا ادعى المستودع بعد أن أحدث فعلاً يوجب الضمان كإتلافه الوديعة بأنه فعل ذلك بإذن المودع فالحكم على المنوال المشروح (البدايع).

مثلاً إذا ادعى المستودع بعد أن حفظ الوديعة عند غير أمينه بقوله أعدتها ليدي وهلكت بعد ذلك بناءً عليه لا يلزم الضمان وقابله المودع بالقول هلكت قبل أن تعيدها فيلزم الضمان واختلفا على هذه الصورة فالقول للمودع والمستودع مجبور على إثبات دفعه. راجع المادة (١٦٣٢).

كما لو ادعى المستودع أنه أرسل الوديعة مع غير أمينه إلى المودع وأنها وصلت وأنكر المودع وصولها

فإذا لم يثبت وحلف المودع اليمين يضمن المستودع . وإذا صادق المستودع على إيصال الرسول المرقوم فليس له الرجوع على ذلك الرسول وليس له تضمينه . وإنما إذا كانت الوديعة موجودة بيد الرسول فله أن يستردها .

إستثناء : المسائل الآتي ذكرها مستثناة من مسألة البراءة من الضمان بإزالة التعدي بعد التعدي في الوديعة .

المسألة الأولى . إذا أنكر المستودع الوديعة بناءً على طلب صاحب المال ردها واعادتها بقوله لم تودعني اياها ونقل الوديعة المنقولة بالجحود تجاه المودع من المحل الذي كانت فيه وقت الإنكار ولم يحضرها ما لم يعد ويسلم الوديعة المذكورة إلى صاحبها . يعني مع أن الجحود المذكور تعد ولا يعد ترك التعدي بمجرد اعترافه بعد الجحود . لأن عقد الإيداع فسخ في حالة طلب المودع وديعته والمستودع بامتناعه عن الإعادة أصبح غاصباً وحيث أن يده لا تكون كيد المالك فبإقراره بعد ذلك لا يحصل الرد إلى يد المالك لا حقيقة ولا حكماً (تكملة رد المحتار) .

إيضاح قيود المسألة :

١ - قيل (بناء على طلبه رد واعادة الوديعة) لأنه بناءً على سؤال المودع الوديعة من المستودع يعني على قوله وديعتي باقية حالة إنكار المستودع وهلكت الوديعة بعده لا يلزم الضمان . لأن هذا الإنكار ليس إنكاراً في الحقيقة بل انه حفظ . ولأن الإقرار يلفت نظر طائفة اللصوص إلى الوديعة ويوجب انتباههم إليها والجحود من باب حفظها .

٢ - جاء (إذا أنكر الوديعة بقوله لم تودعني اياها) . لأنه إذا ادعى المستودع قائلاً أن صاحب المال وهبني اياها أو باعها فأنكر صاحب المال البيع والهبة ثم هلك ذلك المال بعده بيد من كان مستودعاً لا يلزم الضمان . حيث انه باتفاقهما في اليد واختلافهما في الجهة في هذه المسألة تحمل على الأمانة التي هي أمر محقق . كما مر في شرح المادة (٧٧٩) .

٣ - ورد (إذا نقلها من المحل الذي وجدت فيه وقت الإنكار إلى محل آخر) . لأنه إذا لم ينقلها إلى محل آخر وهلكت هناك اختلف فيه فقال بعض الفقهاء لا يلزم الضمان ونقل صاحب الدر المختار أيضاً هذا الوجه من الخلاصة . وقال البعض الآخر ولو لم ينقلها ويحولها المستودع بعد الإنكار من المحل الذي وجدت فيه الى محل آخر فإذا هلكت هنالك بعد الإنكار يضمن . وإن كان الخير الرملي ذكر أصحاب المتون لم يعتمدوا هذا القول الثاني لعدم ظهور صحته لهم ويفهم من ظاهر المادة (٩٠١) من المجلة أن القول المختار هو هذا القول الثاني (تكملة رد المحتار) .

٤ - قيل (المنقولة) لأنه إذا كانت الوديعة عقاراً وانكسر المستودع على ذلك الوجه ثم هلكت اختلف الفقهاء فيه . فقال بعض الفقهاء الضمان غير لازم يعني أن العقار لا يكون مضموناً بالجحود لأن الغصب لا يتصور في العقار . فقال البعض الآخر وإن كانت الوديعة عقاراً يكون المستودع بالانكار

ضامناً وهذا القول قول الإمام محمد رحمه الله تعالى. وتفصيل هذه المسألة إن شاء الله في شرح المادة (٩٠٥). (تكملة رد المحتار).

٥ ـ جاء (الجحود تجاه المودع أو وكيله). لأنه إذا طلب الوديعة غير المودع أو وكيله وأنكر المستودع ثم هلكت الوديعة لا يلزم الضمان. لأن هذا الإنكار هو لأجل منع مقصد غير مشروع للسائل كأن يفكر في أخذ الوديعة جبراً فهو حفظ. لأن مبنى الإيداع على الستر والإخفاء والإنكار تجاه المالك عرفاً وعادة من قبيل الحفظ والصيانة.

٦ ـ (إذا لم يحضر الوديعة بعد الجحود) لأنه إذا أحضر المستودع الوديعة بعد الجحود يعني هيأها ليعطيها المودع فقال له المودع دعها تبق وديعة ينظر. فإن كان الإحضار المذكور بدرجة أن يعد المودع قابضاً لا يلزم المستودع الضمان. لأن هذا إيداع جديد، إن لم يكن إحضار المذكور بدرجة أن يصير المودع معه قابضاً يضمن المستودع. لأن الرد والإعادة لم يتما (رد المحتار).

القسم الثاني: الأمانات التي نفع وضع يد الشخص الذي اتخذ أميناً عليها وفائدة عمله يعودان إلى صاحب المال غير أن لا تقوم يد الأمين مقام يد المالك بل للأمين نفع فيها ومأمورية الأمين للحفظ ليست بالمعقود الأصلي بل انها تبع لاستيفاء المنفعة وفي هذه الأمانات لا يبرأ الأمين من الضمان بعودته إلى الوفاء بعد التعدي. لأن البراءة من الضمان الذي يترتب بسبب التعدي تحصل برد الأمانة حقيقة أو حكماً ليد صاحبها فكما أن مجرد ترك التعدي ليس إعادة حقيقية نظراً لأن يد المستأجر والمستعير وعملهما إنما هو لنفسهما لا تحصل الإعادة حكماً أيضاً. مثلاً المستأجر يحفظ المأجور ولكن حيث انه مالك لمنفعته فحفظه كان لأجل استيفاء المنفعة أي لأجل فائدة ذاته (الهداية والكفاية في الإجارة).

وكما إن صورة تفرع المأجور على هذه الضابطة أوضحت في شرح المادة (٥٤٥) فإيضاح كيفية تفرع المستعار أيضاً في شرح المادة (٨١٤).

مثلاً إذا استهلك المستودع النقود المودعة عنده بصرفه اياها في أمور ذاته أو في أمور المودع بلا أمر المودع أو أعطاها رجلاً آخر فاستهلكها هذا يضمن لأن فعله ذلك تعدٍ.

إستهلاك بعض الوديعة:

إذا أقر المستودع بأنه صرف مقداراً من النقود المذكورة فالقول مع اليمين في تعين المقدار على أنه ليس كثيراً للمستودع. راجع المادة (٨).

وإذا استهلك المستودع نصف الوديعة مثلاً ثم هلك النصف الآخر بيده بلا تعد ولا تقصير يضمن النصف الذي استهلكه ولا يضمن النصف الآخر. لأن تعدي المستودع وقع على النصف فقط والضمان على مقدار الجناية.

غير أنه يجري هذا الحكم يعني ضمان النصف فقط عند استهلاك نصف الوديعة في تقدير عدم لحوق ضرر للوديعة من التبعيض. مثل الدراهم والدنانير والمكيل والموزون.

وذلك كاستهلاك المستودع خمسة وعشرين ذهباً من الخمسين ذهباً المودعة .

وأما إذا كان التبعيض مضراً للوديعة واستهلاك المستودع بعضها على الوجه المحرر هل يضمن جميع الوديعة والمقدار الذي استهلكه مع نقصان ما تبقى هذا ما يجب تدقيقه .

ويمكن إعطاء الجواب على هذا السؤال بالوجه الآتي توفيقاً للمادة (٩٠٠) : فإن كان نقصان الباقي دون ربع قيمته يضمن تمام ما استهلكه مع نقصان الباقي أيضاً وأما إن كان بالغاً ربع القيمة أو أكثر منه فالمودع بالخيار كما سيفصل في المادة المذكورة وشرحها .

(الاحكام في حق إدعاء المستودع بأن هلاك الوديعة بتعديه وتقصيره كان بأمر المودع) .

إذا ادعى المستهلك أن استهلاك النقود المذكورة أو الوديعة الأخرى بصرفه اياها في أموره بالذات أو بغيره كان بإذن المودع فإن أقر المودع بهذا الإذن فيها وإذا أنكر تطلب البينة من المستودع فإن أثبت فبها أيضاً . والا يحلف المودع اليمين . راجع المادة (٧٦) . فإن حلف المودع يضمن المستودع . راجع المادة (١٦٣٢) . تكملة رد المحتار . وقد مر هذا البحث آنفاً .

إيضاح قيود المثال الأول .

جاء في المجلة (في أموره) هذا القيد ليس للاحتراز . لأنه إذا أوفى المستودع بنقود الوديعة دين المودع المماثل للوديعة بلا أمر يضمن إذا لم يجز المودع . أنظر المادة (٧٩٣) . وعلى تلك الصورة حيث إن المستودع يكون متبرعاً في إيفاء الدين فليس له أن يسترد تلك النقود من الداين . إنما له أن يعطيها بأمر الحاكم لمن له النفقة كما هو محرر في المادة (٧٩٩) .

(إذا استهلكها بصرفه اياها) . لأنه إذا أخذ المستودع النقود المودعة كي يصرفها في أموره وبعد أن وضعها في محلها أي في حرز مثلها وضاعت قبل أن يصرفها لا يلزم الضمان . لأن هذا الفعل مجرد قصد لإجراء التعدي فلا يترتب عليه ضمان كما ذكر في شرح المادة الثانية .

مثلاً لو نوى شخص غصب مال شخص آخر وهلك ذلك المال بيد صاحبه دون أن يحصل الغصب لا يلزم الضمان على الذي نوى لمجرد نيته . وعند الشافعي الضمان لازم في صورة أخذ الوديعة لأجل صرفها وإعادتها قبل وقوع الصرف . لأن المستودع أخذ الوديعة بصورة التعدي (البدايع) .

كما أنه إذا أخذ المستودع مقداراً من النقود المودعة بقصد أن يصرفها وإعادها إلى محلها يعني أنه خلطها مع نقود وديعة أخرى قبل أن يصرفها لا يلزم الضمان (حاشية الاشباه يبري زاده عن النهاية) .

(أو إذا استهلكها بغيره) . على هذا التقدير المودع مخير إن شاء ضمنها المستودع لأنه تعدى أو قصر في الحفظ وإن شاء ضمنها المستهلك .

مثلاً إذا أصاب الحيوان المودع مرض وعالجه المستودع بواسطة بيطار فهلك الحيوان بسبب المعالجة يكون المالك مخيراً إن شاء ضمنه المستودع . لأن المستودع تعدى بإتيانه عملاً لم يأمر به وليس للمستودع

أن يرجع على البيطار في هذه الصورة. راجع المادة (٦١٠) وشرحها. وإن شاء ضمنها البيطار. فإن كان البيطار غير عالم بأن ذلك الحيوان هو مال غيره يرجع على المستودع. وإلا فلا. راجع المادة (٦٥٨) وشرحها. غير أنه نظراً لبيان جامع الفصولين يرجع البيطار على المستودع سواء أكان عالماً بأن ذلك الحيوان مال غيره أو غير عالم. وإنما إذا كان المستودع أمر بمعالجة ذلك الحيوان مع قوله أنه ليس ماله فعالجه البيطار وهلك بسبب ذلك فليس له أن يرجع على المستودع (الدر المختار وتكملة رد المحتار).

ولا يخلص المستودع من الضمان بوضعه مثل الوديعة التي استهلكها محلها يعني أنه إذا صرف المستودع النقود التي هي أمانة عنده على ذلك الوجه وبعد أن وضع محلها من ماله ضاعت النقود التي وضعها محلها بدون تعد ولا تقصير منه لا يخلص من الضمان. لأن النقود التي وضعها على الوجه المذكور باقية في ملك المستودع ولا تحسب للوديعة ما لم يقبضها المودع (البحر). وليس للشخص الواحد أن يكون مؤدياً وقابضاً يعني مسلماً ومتسلماً في آن واحد.

ألم ير أنه إذا كان رجل مديناً لرجل آخر بعشر ذهبات قرضاً فأفرزها وهلكت بيده وهو يحفظها لكي يعطيها لكنه قبل الإعطاء خسارتها تعود عليه. ونظير هذه كما لو ألقى المدين في الماء الدراهم التي أحضرها كي يعطيها دائنه بأمر الداين قبل تسليمها لا يصير المدين بريئاً من الدين كما مر في شرح المادة (٩٥).

وكما لو استهلك المستودع نصف نقود الأمانة مثلاً وجلب بدلاً منها نقوداً من ماله ومن جنس الباقي وضمها إلى النقود الباقية يعني خلطها بصورة لا يمكن معها تمييزها عنها ثم ضاعت كلها يضمن الجميع. يضمن ما أنفقه واستهلكه بسبب الاستهلاك ويضمن الباقي لسبب الخلط. لأن خلط مال غيره مع مال نفسه يعد استهلاكاً. راجع المادة (٧٨٨).

خلاصة الكلام: أنه يجري حكم المادة الآتية في هذا التقدير أي في الصورة التي يضع محل المقدار الذي استهلكه من الوديعة ما هو من جنسها ومن ماله ويخلطه بالباقي. ولكن إذا وضع علامة على النقود التي وضعها من ماله وكان تمييزها بتلك العلامة ممكناً يلزمه ضمان مقدار ما استهلكه فقط.

وكذلك إذا ركب المستودع الحيوان المودع عنده بلا إذن فهلك وهو ذاهب سواء أكان بسبب سرعة السير أم بسبب آخر أم بلا سبب أم سرق في الطريق سيكون المستودع ضامناً ذلك الحيوان لأن ركوب المستودع الحيوان بلا إذن يعد تعدياً فضمانه واجب في حالة هلاكه بأي صورة كانت أثناء وقوع ذلك التعدي.

إيضاح قيود المثال الثاني:

١ - (الحيوان) هذا التعبير ليس احترازياً فإذا ارتدى المستودع ثوب الوديعة وضاع أثناء استعماله يضمنه. كما لو وضع المستودع الصحن المودع على كوبة فوقع وانكسر فإن كان ذلك الوضع على وجه الإستعمال لزم الضمان وإن لم يكن على وجه الاستعمال لا يلزم الضمان. وإذا كان في الكوب

شيء يحتاج للوقاية والستر فوضع الصحن فوق الكوب يعد استعمالاً. فإذا انكسر يلزم الضمان. وإن لم يكن في الكوب شيء فلا يعد وضع الصحن فوقه استعمالاً وعليه فلا يلزم الضمان إذا انكسر.

٢ - (وهو ذاهب في الطريق) فائدة هذه القيود تفهم من الإيضاحات المسرودة في صدر المادة.

٣ - (بلا إذن) يفهم من هذا القيد أن للمستودع أن يركب الحيوان بإذن المودع على ماذكر في شرح المادة (٧٩٢).

٤ - (إذا ركب) في هذا القيد إشارة إلى أنه إذا أخرجه من الإصطبل بقصد أن يركبه وهلك قبل أن يركبه فلا ضمان كما أوضح في شرح المثال الأول.

وكذلك إذا لم يدفع المستودع ويسلم الوديعة إلى شخص آخر ولو كان أجنبياً أثناء وقوع حريق أو لم ينقلها إلى محل آخر مع وجود اقتداره على ذلك واحترقت يضمن المستودع لأنه يكون قصر في الحفظ. ويعلم كثير من المسائل الفقهية من هذا المثال. فلنذكر بعضها.

المسألة الأولى: مثلاً إذا دفع للمستودع أمانة على تسلم إلى شخص معين في حيفا وبينما كان ذلك الشخص ذاهباً بالسفينة إلى حيفا جنحت السفينة وأشرفت على الغرق فألقى المستودع بنفسه مع باقي الركاب إلى زورق فنجا ولكنه لم يتمكن من نقل تلك الأمانة إلى الزورق أو إلى سفينة أخرى فهلكت لا يلزم الضمان. ولكنه إذا كان مقتدراً على نقل الأمانة المذكورة إلى محل آخر ومحافظتها من الغرق ولم يفعل يضمنها على تقدير هلاكها. كما أن الحكم في المستأجر فيه هو على هذا المنوال أيضاً على ما حرر في المادة (٦٠٩).

المسألة الثانية: إذا ترك المستودع الأمانة في السفينة ورمى بنفسه إلى البحر خوفاً من الأسر أو من القتل ونجا سباحة لا يضمن.

المسألة الثالثة: إذا خرجت اللصوص على المكاري وهو سائر في الطريق فترك الحمل وفر مع حيوانه ينظر فإن لم يكن ممكناً له أن يفر بالحيوان ويحمله معاً لأنه يعلم أن اللصوص تتبعه وتدركه إذ ذاك فتأخذ الحيوان مع حمله فلا يلزم الضمان على المكاري.

المسألة الرابعة: إذا رأى المستودع شخصاً أجنبياً مباشراً بأخذ الوديعة ولم يمنعه مع اقتداره عليه يضمن. ولو كان ذلك لظنه الوديعة مال الآخذ. أنظر المادة (٧٢). لأنه بهذه الحالة يعد مقصراً في حفظ الوديعة.

مثلاً لو كان بيد المستودع وديعتان لشخصين وأخذ أحدهما وديعة الآخر سهواً بإذن المستودع لزم المستودع الضمان. وأما إذا كان المستودع غير قادر على منعه فلا يضمن. راجع المسألة التاسعة في شرح المادة (٧٧٩).

المسألة الخامسة: إذا ترك المستودع الوديعة في داره وكانت زوجته غير أمينة وموجودة في تلك الدار فأخذت الوديعة وأضاعتها يلزم المستودع الضمان لأنه يعد مقصراً في حفظ الوديعة (تكملة رد

المحتار).

﴿المادة ٧٨٨﴾ خلط الوديعة بلا إذن صاحبها مع مال آخر بصورة يتعذر ولا يمكن معها تفريغها عنه يعد تعدياً. بناءً عليه إذا خلط المستودع مقدار الدنانير ذات المائة المودعة عنده بدنانير بلا إذن ثم ضاعت أو سرقت يكون ضامناً.

خلط الوديعة بلا إذن المودع مع مال آخر بحيث يتعذر فلا يمكن تفريقها عنه أو أمكن بتعسر يعد تعدياً. يعني موجباً للضمان. لأنه تعذر وفقد إمكان وصول المودع إلى عين حقه من أجل فعل المستودع.

وذكرت المجلة الخلط واسم فاعله الخالط هو لأجل التعميم. يعني سواء أكان الخالط المستودع أو الأجنبي أو شخصاً آخر كابن المستودع الصغير أو الكبير الموجود في عياله. والضمان يلزم على الخالط في أي وجه كان.

يعني إن كان الخالط المستودع فالضمان يلزمه وإن كان الخالط ابن المستودع الصغير مثلاً يلزم الضمان على ذلك الصغير. (أنظر المادة ٧٧٨). وإلا لا يلزم الضمان على المستودع بسبب الصغير المرقوم. (راجع المادة ٩١٦). فإذا خلط على هذا الوجه غير المستودع ولزم الضمان على الخالط يصبح المخلوط المذكور مال الخالط وليس للمودع ولا للمستودع أن يتداخل في ذلك المخلوط.

وإن كان المخلوط يصير مال الخالط سواء أكان الخالط المستودع أو أمين المستودع أو شخصاً أجنبياً فلا يباح له الانتفاع بالمخلوط ما لم يضمنه إلى صاحب المال. مثلاً لو خلط عشر كيلات من حنطة مودعة عنده بحنطة تصير الحنطة المخلوطة مال الخالط ولكن لا يكون مباحاً له الانتفاع بالحنطة المخلوطة ما لم يسلم بدلها إلى المودع.

وإذا كان الخالط غير المودع والمستودع فخلط شعير المودع مع حنطة المستودع مثلاً ثم غاب بحيث لا تمكن مراجعته فإذا أراد المودع أو المستودع أن يعطي بدل أحدهما ويأخذ المخلوط ووافق الآخر فبها. وإذا لم يتراضوا على هذا الوجه يباع المخلوط برضاهما وتضرب قيمة حنطة صاحب الحنطة غير المخلوطة بالثمن ويضرب شعير صاحب الشعير غير المخلوط بثمنه. ويقسم حاصل الضرب على مجموع الثمن فخارج قسمة المضروب يكون حصة صاحبه (تكملة رد المحتار). وفيه نظر لأن الخلط يوجب انقطاع حق المالك عن المخلوط ويقتضي كون المخلوط ملكاً للخالط فكيف يسوغ لهما التصرف بهذا الوجه في مال الغير والجواب بأن التصرف فيها بهذا الوجه إجازة للخلط ولا يجدي نفعاً إذا كان الخلط إتلافاً فإن الإجازة لا تلحق الإتلاف على ما سيجيء في شرح المادة ١٤٥٣ (الشارح).

يفهم من قول المجلة (مع مال آخر) أنه سواء أخلط المستودع بماله أم بمال غيره فلا فرق في الحكم حتى لوخلط المستودع المال المودع عنده بمال شخص آخر مودع عنده أيضاً يضمن الوديعتين ويبقى المخلوط له (تكملة رد المحتار).

بناءً عليه إذا خلط المستودع مقدار الدنانير ذات المائة المودعة عنده بدنانير نفسه أو بدنانير غيره بلا

إذن المودع ثم ضاعت أو سرقت أو وجدت مخلوطة بصورة يتعسر أو يمتنع معها تمييزها يصير ضامناً. لأن الخالط يعد مستهلكاً الوديعة لسبب خلطه اياها (البحر).

إيضاح القيود:

١ - (ضاعت أو سرقت). هذا التعبير ليس قيداً احترازياً فإذا وجد المخلوط على الصورة المذكورة في الشرح عيناً فالضمان لازم أيضاً وذكر ذلك على الوجه المشروح في التنوير وشرحه في كتاب الغصب. وهذه التعبيرات أي تعبيرات إذا ضاعت أو سرقت ليست مذكورة في المتون الفقهية كالهداية والتنوير والملتقى والكنز كما إن المجلة لم تذكرها أيضاً في مثالها الآتي.

٢ - (بلا إذن) هذا القيد احترازي والمحترز عنه مذكور في المادة ٧٨٩ الآتي بيانها.

وكذلك إذا خلط شخص غير المستودع الدنانير المذكورة يعني دنانير المستودع أو دنانير غيره مع دنانير وديعة المودع على ذلك الوجه بلا إذن يضمن. وسواء أضاعت تلك الدنانير أم سرقت أم وجدت مخلوطة فالخلط المذكور يوجب الضمان وينقطع عند الإمام الأعظم على ما سيفصل حق المودع والمستودع من المخلوط ويبقى المخلوط المذكور مالاً للمخالط. وجوه الخلط الأربعة وأحكامها.

نشرع في تفصيل الخلط على الوجه الآتي. الخلط يكون بأربعة وجوه.

الوجه الأول - الخلط بطريق المجاورة مع تيسر التمييز. يعني أن يكون ممكناً تفريق المالين المخلوطين وتمييزهما أي إفرازهما وفصلهما. كخلط الجوز مع اللوز أو الذهب مع الفضة المجيدية أو المجيدي التام مع قطع النصف أو الربع منه أو الدينار الذهب التام مع أجزائه كالنصف والربع أو الذهب العثماني مع الذهب الإنكليزي أو الفرنساوي. فالخلط على هذا الوجه لا يوجب الضمان بالإجماع فيفرق المخلوط ويرد قسم الوديعة منه إلى صاحبه. وإذا هلك المخلوط قبل التفريق يهلك أمانة كما كان قبل الخلط تكملة (رد المحتار). وأشارت المجلة إلى هذه المسألة بعبارة (لا يمكن تفريقها).

الوجه الثاني - الخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز. يعني أن يكون تفريق المالين المخلوطين عسراً. كخلط الحنطة بالشعير.

فكون هذا الخلط موجباً للضمان أو غير موجب مسألة مختلف فيها. فعند بعض الفقهاء موجب للضمان ورجح هذا القول في الدر المختار والهداية وورد في النهاية إيضاحاً لتعذر تفريق المخلوط على هذا الوجه ويعتبر جواباً لما قيل إن المخلوط المذكور حينما يطرح في الماء ترسب الحنطة ويطفو الشعير فيمكن تفريقهما، وعلى هذا التقدير يقبل المخلوط و ينقص ثمنه بالعيب الحاصل من البلل وبما أنه لا تخلواعادة الحنطة من قليل من الشعير. والشعير من قليل من القمح. فعلى هذا لا يمكن التفريق وبناءً على ذلك شرحت هذه المادة من المجلة على هذا القول. وعند البعض الآخر من الفقهاء من خلط على هذا الوجه لا ينقطع حق المالك في المخلوط ويكون المالك مخيراً كما ذكر في قول الإمامين في الوجه الرابع الآتي (تكملة رد المحتار).

الوجه الثالث - الخلط بطريق مزج جنس بجنس آخر. وهذا يكون بخلط نوع من المايع

بمايع آخر كخلط الخل بالسمن والطحينة بالدبس. والخلط على هذا الوجه موجب للضمان بالإتفاق (الفهستاني).

الوجه الرابع ـ الخلط بطريق المجاورة للجنس بالجنس. كخلط الحنطة بالحنطة أو زيت الجوز بزيت الجوز أو اللبن باللبن أو الذهب بالذهب.

وقد وقع اختلاف بين الفقهاء في الخلط على هذا الوجه.

فعند الإمام الأعظم رحمة الله تعالى عليه حيث إن الخلط المذكور هو استهلاك للمخلوط فينقطع حق المالك من المخلوط ويصير المخلوط مال الخالط ويلزم الضمان على الخالط يعني إن كان المخلوط من المثليات يلزم إداء مثله وإن كان من القيميات إداء قيمته. وإلا فليس للمالك أن يشارك المخلوط بعده. لأنه لما كان تفريق وتمييز المخلوط غير ممكن فالمودع المالك يبقى عاجزاً عن الانتفاع بماله الوديعة. فبناءً عليه يكون الخلط على الوجه المذكور إتلافاً ويصير المستودع ضامناً ومالكاً للمخلوط بسبب الضمان، فإذا ترك المستودع المخلوط بهذا التقدير وتوفي عن تركة غريمه يستوفي المودع حقه من المخلوط مع سائر الغرماء كل بنسبة حصته (البدايع).

ولكن لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أن يضمن (البحر). فقط إذا أبرأ المودع الخالط يسقط حقه من العين والدين معاً (تكملة رد المحتار).

وعند الإمامين رحمها الله تعالى المودع مخير إن شاء ضمن الخالط وإن شاء اشترك في المخلوط بمقدار حصته.

ولكن إذا أبرأ المودع الخالط فعند المشار إليهما يسقط خياره وتتعين المشاركة في المخلوط. لأنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقيمة فكان استهلاكاً من وجه فيميل إلى أيهما شاء وهذا لأن القسمة فيما لا يتفاوت أحاده إفراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عيناً من غير قضاء ولا رضاء فكان إمكان الوصول إلى عين حقه قائماً معه (الزيلعي).

ولا يوجد في المجلة قيد ولا إشارة إلى اختيار أحد المذهبين. لأن الضمان كما هو موجود في مذهب الإمام الأعظم فهو موجود أيضاً في مذهب الإمامين. إنما كان الضمان متعيناً في مذهب الإمام الأعظم وليس متعيناً في مذهب الإمامين. ولكن إذا حمل بيان المجلة هذا على مذهب الإمامين فيكون ذكر قسماً منه وأهمل القسم الآخر فحمله على مذهب الإمام الأعظم أولى.

﴿المادة ٧٨٩﴾ إذا خلط المستودع الوديعة بإذن صاحبها بمال آخر على ما ذكر في المادة الآنفة أو اختلط المالان ببعضهما البعض بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريقهما مثلاً لو انخرق الكيس داخل صندوق واختلطت الدنانير التي فيه مع دنانير أخرى يصير المستودع وصاحب الوديعة شريكين في مجموعها. وإذا هلكت أو ضاعت والحالة هذه بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان.

إذا أجرى المستودع في الوديعة التصرف المعدود تعدياً بأمر المودع لا يلزم الضمان على المستودع. لأن أمر الإنسان في حق ملكه كما ذكر في المادة (١٥١٠).

ولذلك فللمستودع أن يودع الوديعة لآخر ويعيرها ويرهنها ويهبها ويؤجرها ويبيعها بإذن المودع. راجع المادة (١٤٥٢). وله أن يستعملها أيضاً. راجع المادة (٧٩٢). وله أن يردها مع غير أمينه. أنظر المادة (٧٩٩). وأن يصرفها على من نفقته واجبة عليه كأهل المودع وعياله. أنظر شرح المادة (٧٩٩).

وعليه أيضاً إذا خلط المستودع الوديعة بإذن صاحبها كما ذكر في المادة السابقة بمال آخر بصورة لا يمكن تفريقهما معها أو اختلط المالان كذلك بحيث لا يمكن تفريقهما بدون رأي وضع المستودع مثلاً ـ هذا التمثيل على فقرة (بدون صنعه) ـ إذا انخرق الكيس الموجود وديعة داخل صندوق واختلطت دنانير الذهب العثماني التي فيه مع دنانير ذهب عثماني أخرى بعين الوزن وعين المقدار يعني لو اختلطت مثلاً عشر قطع دنانير ذهب عثماني كل قطعة بماية قرش مع خمس قطع دنانير عثماني ذهب كل قطعة بماية قرش أيضاً وكان تفريقها ممكناً من بعضهافلا يلزم الضمان ويصير المستودع وصاحب الوديعة شريكين في مجموعها أي في المخلوط بشركة الملك شركة اختيارية بصورة الخلط وجبرية بتقدير الإختلاط لأنه حينما كان محرراً في المادة (٧٧٧) لا يلزم ضمان على تقدير هلاك الوديعة بلا تعد ولا تقصير فعدم لزوم الضمان بالإختلاط بموجب هذه المادة يكون معلوماً بالاولوية.

ويثبت عدم لزوم الضمان أيضاً عند الخلط بلا صنع حيث أنه ليس للمستودع صنع وتعد في الاختلاط.

مثلاً لو كانت الدنانير المودعة عشرة والأخرى خمسة واختلطا ببعضهما تكون الخمسة عشر ديناراً مشتركة أثلاثاً ثلثان لصاحب الوديعة وثلث للآخر.

وإذا هلك أو ضاع بعض الدنانير المختلطة والحالة هذه بلا تعد ولا تقصير لا يلزم ضمان بعض الوديعة أو كلها على المستودع. وإذا هلك بعض الذهب المختلط يجري حكم المادة (١٠٦١).

إختلاف الائمة الخلط بالإذن:

إشتراك المستودع والمودع في صورة خلط المستودع بإذن صاحب الوديعة هو مذهب الإمام محمد رحمه الله تعالى وأما عند الإمام الأعظم في هذه الصورة أيضاً يجري حكم المادة الآنفة يعني أن المخلوط يكون ملك الخالط ويضمن الخالط حقه للمستودع. كما إن الإمام أبا يوسف اتبع القليل للكثير يعني من كان ماله أكثر يكون المخلوط ملكه ويضمن حقه الآخر. وأشير بقوله (لا يمكن تفريقهما) في المجلة إلى أنه إذا حصل الاختلاط بصورة يكون التفريق ممكناً فيها لا تثبت الشركة فيفرق المالان ويعطى لكل ماله.

إذا ادعى المستودع أنه خلط الوديعة بإذن المودع فإن أقر المودع بالإذن فبها وإن أنكر يجبر المستودع على اثباته وفي حال عجزه عن الإثبات له أن يكلف المودع اليمين. فإن حلف المودع صار المستودع ضامناً.

وإذا أودعها الأجنبي أو استهلكها به وادعى أنه بإذن المودع فالحكم على المنوال المشروح (جواهر الفقه). راجع شرح المادة (٧٨٧). كما ان نظير هذا يجيء في شرح المادة الآتية أيضاً.

﴿المادة ٧٩٠﴾ ليس للمستودع أن يودع الوديعة عند آخر. فإن فعل وهلكت بعده يضمن وإذا هلكت بتعدي المستودع الثاني وتقصيره فإن شاء المودع ضمنها للمستودع الثاني وإن شاء ضمنها للمستودع الأول ويرجع هذا على المستودع الثاني.

ليس للمستودع أن يودع الوديعة (١) بلا عذر (٢) بلا إذن (٣) بلا قصد (٤) عند آخر يعني عند شخص ليس بأمينه. (راجع المادة ٩٦). لأن صاحب الوديعة لم يرض بحفظ غير المستودع والأيدي تختلف في الأمانة. ثم لا يمكن لشيء أن يتضمن مثله. كما لا يمكن للمضارب أن يعطي مال المضاربة على وجه المضاربة.

وتوجد تسعة أشياء ليس للإنسان وهو مالكها أن يملكها لغيره. أولها: مذكور في هذه المادة يعني ليس للمستودع أن يودع. وبتعبير آخر ليس للمستودع أن يملك الحفظ لآخر وهو مالك له. الثاني: ليس للمرتهن أن يرهن. راجع المادة (٧٤٣) الثالث: ليس لوكيل البيع أن يوكل غيره في البيع. (راجع المادة ١٤٦٦). الرابع: ليس لمستأجر الشيء الذي يختلف باختلاف المستعملين أن يؤجر المأجور لآخر (أنظر المادة ٤٢٧). الخامس: ليس للمستعير أن يعير المعار الذي يختلف باختلاف المستعملين لآخر (راجع المادة ٨٢٠). السادس: ليس للمزارع أن يعطي الأرض لآخر على طريق المزارعة. السابع: ليس للمضارب أن يعطي مال المضاربة بطريق المضاربة إلى آخر. الثامن: ليس للمستبضع أن يبضع، التاسع: ليس للمساقي أن يساقي آخر بغير إذن (تكملة رد المحتار).

(١) «الوديعة» يظهر من هذا التعبير أن إعطاء مفتاح الحجرة التي توجد فيه الوديعة لآخر لا يعد تسليماً لتلك الحجرة إليه وبهذا لا تكون الوديعة أودعت عند آخر. وبناءً عليه لا يلزم بهذا المقدار ضمان على المستودع (البحر).

(٢) «بلا عذر» لأنه عند وقوع حريق في دار المستودع كما ذكر في المادة (٧٨٤) لكون المستودع غير مقتدر في تلك الساعة أن يحفظ الوديعة بالذات أو بأمينه فإذا وضعها في دار جاره وهلكت لا يلزم الضمان مع ان هذا الوضع عند الجار معدود من الإيداع.

إنما بعد حصول الاضطرار للإيداع عند الغير بناءً على أعذار كهذه إذا لم يستردها في حالة زوال العذر لا يلزم الضمان على المستودع نظراً لبيان قاضيخان. (راجع المادة ٩١). ولكن عند الإمام محمد رحمه الله تعالى يلزم على المستودع أن يسترد الوديعة من ذلك الآخر بعد زوال العذر. حيث إن ما ثبت لضرورة يقدر بمقدارها بحكم المادة (٢٢) ولكون الضرورة ترتفع بعد زوال الحريق فإذا لم يستردها من الأجنبي المذكور يكون أودعها عنده ابتداء وبلا ضرورة ويترتب الضمان على المستودع الأول على تقدير هلاكها بيد الأجنبي المذكور بعد زوال العذر وقبل الإسترداد (تكملة رد المحتار).

كما أنه لو حصل خطر غرق السفينة التي يوجد فيها المستودع فدفع الوديعة إلى الأجنبي الموجود في سفينة أخرى لعدم اقتداره على المحافظة بنفسه وعدم وجود أمين يستلم منه الوديعة هناك لا يضمن. (راجع المادة ٢١) «تعليقات ابن عابدين على البحر وتكملة رد المحتار».

(٣) «بلا إذن». لأنه للمستودع أن يودع الوديعة عند آخر بإذن المودع ابتداء بعد إيداعه فان اجازه المودع صار جائزاً. (أنظر المادة الآتية وشرحها).

وحينما يودع المستودع الوديعة عند آخر بإذن المودع يخرج المستودع الأول ويكون الآخر مستودعاً (راجع المادتين ١٤٥٢ و ١٤٥٩) «الخلاصة».

حتى لو استرجع المستودع الوديعة من الآخر بلا إذن بعد أن أودعها عنده بإذن المودع وهلكت بيده ولو بلا تعد ولا تقصير يكون ضامناً (تكملة رد المحتار).

والقول في تعيين الشخص للمستودع. مثلاً لو أنه بعد إعطاء المستودع الوديعة إلى شخص آخر بإذن المودع حصل اختلاف بين المودع وبين المستودع فيما إذا قال المودع لم آمر بإعطائها ذلك الشخص وقال المستودع أمرت بإعطائها ذلك الشخص فالقول قول المستودع. لأنه بالنظر لاتفاق الطرفين في أصل الإذن ولكون المستودع أميناً فقبول قوله لازم. (راجع المادة ١٧٧٤).

ولكن إذا قال المستودع إني أعطيتها للشخص الفلاني بأمرك لا يثبت أخذ ذلك الشخص لها بمجرد هذا الكلام. راجع المادة(٧٨).

مثلاً لو أمر المودع المستودع بأن يعطيها إلى ذلك الشخص وقال المستودع إني أعطيته اياها فأنكر الشخص المذكور وقال المودع أيضاً لم تعطه فالقول في حق براءة نفسه مع اليمين للمستودع. (أنظر المادة ١٧٧٤) ولكن حيث إن كلام المستودع هذا لا يؤثر في إيجاب الضمان على الشخص المذكور فلا تلزم مسؤوليته على تقدير العجز عن إثبات أخذه.

كما لو قال المودع إني بعد أن أمرت الشخص الفلاني بقبض الوديعة منك نهيته فأجاب المستودع جاء ذلك الشخص وأخذ الوديعة مني بموجب أمرك وأفاد الشخص المرقوم أنه وصل عنده ولكنه لم يأخذ الوديعة يبرأ المستودع.

(٤) «قصداً». لأن الإيداع التبعي جائز. مثلاً لو دخل شخص حماماً وبعد أن نزع ثيابه وضعها مع الوديعة الموجودة عنده أمام صاحب الحمام ثم سرقت فالأنسب عدم لزوم الضمان. لأنه وإن كانت الوديعة أودعت في هذه الصورة عند آخر فهذا الإيداع ضمن وغير قصدي. (راجع المادة ٥٤).

(٥) «عند آخر» لأن المستودع أن يودع الوديعة عند أمينه. «راجع المادة ٧٨٠».

بناءً عليه إذا أعطى شخص لآخر مالاً كي يعطيه إلى شخص آخر وبعد أن أعطى الآخر المال المذكور إلى رجل حتى يعطيه إلى ذلك الشخص الآخر ضاع ذلك المال فإن كان ذلك الرجل أمين الآخر المرقوم لا يلزم الضمان على الآخر المذكور. وأما إن لم يكن أمينه يضمن «رد المحتار».

وإذا أودع المستودع الوديعة عند آخر بلا إذن وكانت موجودة عيناً فللمستودع المذكوران يستردها فإن لم يستردها وهلكت بعده يعني بعد الإيداع بيد المستودع الثاني بلا تعد ولا تقصير وإذا كان هلاكها حصل بعد مفارقة المستودع الأول للسمتودع الثاني يكون المستودع الأول ضامناً. لأن المستودع الأول ترك حفظ الوديعة (تكملة رد المحتار).

صورة الضمان، هي عبارة عن إعطاء المستودع الأول مثل الوديعة إن كانت من المثليات وقيمتها يوم وقوع تعدي المستودع الأول بتسليمها إلى المستودع الثـاني إن كانت من القيميـات. أنظر المـادة (٧٠٣).

غير أنه يوجد قيدان وشرطان في لزوم الضمان:

القيد الأول: لزوم الضمان بهذا التقدير كما أشير إليه شرحاً يكون في صورة هلاك الوديعة بعد مفارقة المستودع الأول للمستودع الثاني. وأما إذا هلكت قبل المفارقة فلا ضمان على أحد. وعدم لزوم الضمان على المستودع الثاني ناشيء عن أن المستودع المذكور قبض المال من يد الأمين وعدم لزومه على المستودع الأول نشأ عن عدم تركه الحفظ لأنه بعد أن دفع الوديعة إلى المستودع الثاني ولم يفارقه كانت الوديعة باقية في حفظه أيضاً وبقى رأيه حاضراً وموجوداً. وأما بعد المفارقة فحيث أن المستودع ترك الحفظ الذي التزمه يلزم الضمان. على ما مر في شرح المادة (٧٨٤).

كذلك لو سلم شخص لآخر في القدس أمتعة وتعهد ذلك الآخر بنقل الأمتعة المذكـورة على حيوانه باجرة معلومة إلى حلب وبعد أن حملها على الحيوان أعطاها لشخص آخر فهلكت بعد المفارقة يضمنها الآخر المذكور.

كذلك إذا أعطى شخص شخصاً آخر مالاً على أن يودعه عند فلان من الناس فسلم الشخص الآخر المال المذكور إلى فلان قائلاً له أن الشخص الفلاني أرسل لك هذا المال وديعة وبعد أن قبله فلان المار الذكر أعاده إلى الشخص الآخر وهلك بيده يضمن فلان المذكور. وقد اختلفت الأئمة في لزوم الضمان على المستودع الثاني. وإليك البيان:

إذا أودع المستودع الوديعة عند آخر بلا إذن كما أوضح سالفاً وهلكت بيد المستودع الثاني يلزم الضمان عند الإمام الأعظم على المستودع الأول فقط ولا يلزم على المستودع الثاني. لأنه عند المشار إليه حيث أن مستودع المستودع قبض الوديعة من يد أمين فلا يصير ضامناً. وأما مودع الغاصب فيضمن. لأن مودع الغاصب غاصب أيضاً (البحر).

وأما الإمامان والائمة الثلاثة فجعلوا المودع مخيراً. بين تضمين المستودع الأول وتضمين المستودع الثاني. وفي مذهبهم في صورة تضمين المستودع الثاني يكون لهذا الأخير حق الرجوع على المستودع الأول بناء على الإيضاحات المسرودة في شرح المادة (٦٥٨). وأما في تقدير تضمين المستودع الأول فليس له الرجوع على المستودع الثاني. لأن المستودع الأول لكونه أصبح مالكاً الوديعة بضمانه فيكون أودع ماله. أنظر المادة (٧٧٧). ما لم يكن هلاك الوديعة بيد المستودع الثاني بتعد أو بتقصير.

ونظراً لقوله في الفقرة الآنفة في المجلة (يضمن المستودع الأول) وعدم تعرضه لإمكان تضمين المستودع الثاني أيضاً ولأنه في حالة حمل المسألة على قول الإمامين يكون ذكر قسماً منها وأهمل القسم الآخر ومع كون المادة (٧٨٣) هي من جنس هذه المسائل لأنه لما كان قوله (لأنه لا يلزم الضمان) هناك مبنياً على مذهب الإمام المشار إليه فقد اختارت المجلة قوله.

القيد الثاني ـ لزوم الضمان بعد هلاك الوديعة بعد الإيداع يكون في صورة هلاكها بيد المستودع لثاني.

وأما إذا استرد المستودع الوديعة بعد أن أودعها بلا إذن ثم هلكت وهي بيده لا يصير ضامناً. لأن الضمان لا يلزم بعد مخالفة المستودع وعودته إلى الوفاق كما ذكر في شرح المادة (٧٨٧).

فإذا ادعى والحالة هذه المودع بأن الوديعة هلكت بيد المستودع الثاني وطلب الضمان على ما ذكر آنفاً وادعى المستودع الأول هلاكها بعد أن ردها المستودع الثاني له فلا فيصدق بلا بينة. والقول مع اليمين للمالك. لأن المستودع مقر بالسبب الذي أوجب عليه الضمان أي الإيداع عند الغير بلا إذن وبعد ذلك فإدعاؤه البراءة لا يصدق بلا بينة (البحر وتكملة رد المحتار). راجع شرح المادتين ٧٨٧ و ٧٨٩.

وأما إذا اختلف المودع والمستودع كما لو قال المستودع ان الوديعة هلكت بيده بعد أن غصبت منه وأعيدت إليه وادعى المودع بأنها هلكت بيد الغاصب فالقول قول المستودع. لأن المستودع لكونه لم يفعل شيئاً من موجبات الضمان يبقى أميناً كما كان.

فالاختلاف السالف الذكر بين الإمام الأعظم والإمامين هو في حق مستودع المستودع ولا اختلاف بينهم في حق مستودع الغاصب. مثلاً إذا أودع الغاصب المال المغصوب عند شخص وهلك بيده فالمغصوب منه مخير: إن شاء ضمن الغاصب. ـ وفي هذه الصورة ليس للغاصب أن يرجع على المستودع. ما لم يكن هلاك الوديعة بيده حصل بتعديه أو بتقصيره. ـ وإن شاء ضمن المستودع وهذا يرجع على الغاصب. راجع شرح المادة (٦٥٨). وسواء أكان المستودع عالماً بأن المودع غاصب أو غير عالم (تكملة رد المحتار).

ولكن إذا أعاد مودع الغاصب الوديعة إلى مودعه يبرأ. كما كان غاصب الغاصب بريئاً برده المال المغصوب إلى الغاصب الأول (تكملة رد المحتار). أنظر شرح المادة (٩١١).

وقد ذكر وجزم في الدرر والبحر أن للمستودع حق الرجوع على الغاصب على هذا الوجه ولكن نظراً لنقل القهستاني عن العمادية وبيان الباقاني والبرجندي رجوع المستودع على الغاصب يكون في صورة عدم علم المستودع يكون المودع غاصباً. راجع شرح (٧٧٧).

وإذا هلكت بتعدي وتقصير المستودع الثاني فالمودع مخير كما لو استهلكها المستودع. فإن شاء ضمنها للمستودع الثاني. ـ وليس لهذا والحالة هذه أن يرجع على المستودع الأول. كما لم يكن غاصب الغاصب أن يرجع على الغاصب الأول. أنظر المادة (٩١٠). ـ وإن شاء ضمنها للمستودع الأول وهو يرجع على

المستودع الثاني. لأن المستودع الأول بضمانه صار مالكاً الوديعة استناداً على الزمان الذي سلمها فيه إلى المستودع الثاني.

﴿المادة ٧٩١﴾ - (إذا أودع المستودع الوديعة عند شخص آخر وأجاز المودع ذلك خرج المستودع الأول من العهدة وصار الشخص الآخر مستودعاً.)

إذا أودع المستودع الوديعة بلا إذن عند شخص آخر وأجاز المودع ذلك أخيراً والوديعة موجودة بيد المستودع الثاني يخرج المستودع الأول من العهدة ويصير المستودع الثاني يعني ذلك الشخص مستودعاً. يعني تكون كأنها أودعت من طرف المودع رأساً عند ذلك الشخص ويكون المستودع الأول خارجاً من المسؤولية. وفي تلك الحالة لا يلزم الضمان الذي ورد بيانه في المادة الآنفة على المستودع الأول. لأن مسألة كون الإجازة تلحق الأفعال كما تلحق الأقوال وهي قاعدة فقهية وهذه المادة جزء متفرع عليها، راجع شرح المادة (١٤٥٣).

وأما إذا أودع المستودع الوديعة بلا إذن عند آخر وبعد أن تلفت في يد المستودع الثاني ثم أجاز المودع هذا الإيداع فهل هذه الإجازة ويكون المستودع الأول بريئاً من الضمان بناءً عليها ونظيرها مذكور في شرح المادة (٧٩٣).

وكذلك إذا أودع المستودع بإذن المودع ابتداءً الوديعة عند آخر فالحكم على المنوال المشروح بطريق أولى.

﴿المادة ٧٩٢﴾ - (كما ان للمستودع أن يستعمل الوديعة بإذن صاحبها فله أيضاً أن يؤجرها ويعيرها ويرهنها وأما إذا آجرها أو أعارها أو رهنها بدون إذن صاحبها لآخر وهلكت الوديعة في يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن أو ضاعت أو نقصت قيمتها يكون المستودع ضامناً

وللمستودع ان يستعمل الوديعة باذن صاحبها وله ايضاً ان يؤجرها ويعيرها ويرهنها ويبيعها ويهبها ويسلمها وان يأخذها لأجل دين نفسه وأن يتقاضى بها ويجري حسابها وتفصيلها على الوجه الآتي:

١ - الاستعمال: إذا استعمل المستودع الوديعة بإذن صاحبها يكون هذا الاستعمال من قبيل الاستعارة. راجع المادة (٧٦٥).

٢ - إذا أجر المستودع الوديعة فأما أن يكون هذا الإيجار لأجل المودع فيكون ذلك إعارة أي يكون المودع أعارها المستودع والمستودع أجر الوديعة للآخر وانتفع بها أنظر شرح المادة (٧٦٥).

٣ - الإعارة: إذا أعار المستودع الوديعة بإذن المودع وباسمه يكون المستودع وكيلاً يعني رسولاً

بالاعارة. راجع المادة (١٤٦٠) واذا اعارها باسم المودع وباسم نفسه يجوز هذا أيضاً.

٤ ـ الرهن: إذا رهن المستودع الوديعة بإذن صاحبها لأجل دين نفسه يكون من قبيل رهن المستعار وقد مر تفصيل أحكامه في المادة (٧٢٦) والمواد اللاحقة لها. وأما إذا رهنها لأجل المودع يكون وكيلاً من طرف المودع يعني رسولاً بالرهن. راجع المادة (١٤٦٠).

٥ ـ البيع: إذا باع المستودع الوديعة بإذن المودع يكون وكيلاً بالبيع من طرف المودع. أنظر المادة (١٤٥٢).

وعلى هذا التقدير إذا جعل المستودع عقد البيع مضافاً للمودع تكون حقوق العقد عائدة للمودع وإذا أضافها لنفسه تكون عائدة إلى المستودع. راجع المادة (١٤٦١).

٦ ـ الهبة والتسليم: للمستودع أن يهب الوديعة ويسلمها لآخر بإذن المودع بموجب المادة (١٤٧٠) راجع المادة (١٤٥٩).

٧ ـ التقاص وإجراء المحسوب: إذا كان لرجل في ذمة شخص دين عشر ذهبات عثمانية من جهة القرض وأعطى ذلك الشخص الرجل المذكور عشر ذهبات عثمانية وديعةً فللرجل أن يجري تقاص وحساب الذهبات المذكورة في مقابلة دينه بإذن الشخص المذكور ورضاه. وإذا كانت الذهبات المودعة موجودة بيد المستودع حين التراضي يقع التقاص بدون احتياج إلى قبض جديد. وأما إذا كانت الدنانير المودعة غير موجودة بيد المستودع حين التراضي وكانت في داره لا يقع التقاص قبل أن يجدد الرجل المرقوم القبض أنظر الفائد في شرح المادة (٢٦٢) ولا يقع التقاص.

وليس له أن يستعملها أو يؤجرها أو يعيرها أو يرهنها أو يبيعها ويسلمها أو يهبها ويسلمها لآخر ولا أن يجري تقاصها وحسابها بمطلوبه بدون إذن صاحبها وإذا أجرى واحدة من هذه التصرفات يلزمه الضمان على ما سيذكر في الفقرات الآتية.

تفصيل الأسباب:

ليس له أن يستعملها: لأن الاستعمال المذكور في مال الغير بلا إذن وهذا غير جائز بحكم المادة (٩٦) من المجلة. وعليه فكما ان للمستودع أن يستعمل الوديعة بالذات بلا إذن صاحبها فليس له أن يجعل غيره يستعملها أيضاً. وإنما لم يذكر عدم جواز الإستعمال في هذه الفقرة لأنه سبق ذكره في المثال الثاني من المادة (٧٨٧).

إستثنائية: إستثنيت المسألة الآتية من مسألة عدم جواز استعمال الوديعة بلا إذن. مثلاً إذا أودع عند شخص كتب علم فللمستودع أن ينظر في تلك الكتب وأن يطالعها. إن كان النظر وتقليب أوراقها غير مضر في الكتب المذكورة. وهذا النظر يكون من قبيل الاستظلال بجدار الغير والاستضاءة بناره.

وللمستودع أن يقرأ في المصحف الشريف المودع عنده. فإذا هلك في حال قراءته لا يلزم الضمان. لأن للمستودع ولاية واقتداراً على التصرف بهذا الوجه والجواز الشرعي مناف للضمان (الدر

المختار وتكملة رد المحتار).

٢ ـ وليس له ان يؤجرها لآخر. لأن الإجارة عقد لازم والإيداع عقد لازم فإذا كان المستودع مالكاً الإجارة فأما أن يحصل لزوم مالاً يلزم أي أن يوجب ذلك لزوم عقد الوديعة مع كونها غير لازمة أو عدم لزوم يعني أن تصير الإجارة غير لازمة مع أنها لازمة.

بناءً عليه فليس للمستودع أن يؤجر الوديعة بلا إذن لأجل منافع نفسه وليس لهُ أن يؤجرها لأجل المودع أيضاً. راجع المادة (٩٦).

٣ ـ وليس له أن يعيرها. لأن المستودع غير مالك لمنافع الوديعة وحيث إن الإعارة عبارة عن تمليك المنافع فليس من الممكن أن يملك شخص شيئاً لا يملكه.

٤ ـ وليس له أن يرهنها عند آخر. لأن الرهن إيفاء حكماً وليس لشخص أن يفي دينه بمال الغير بلا أمر صاحبه.

وعليه فكما أنه ليس للمستودع أن يرهن الوديعة بلا إذن لأجل دين نفسه أو دين شخص أجنبي فليس له أن يرهنها لأجل دين المودع أيضاً بلا إذن. لأن الرهن عقد لازم والوديعة ليست عقداً لازماً.

٥ ـ البيع والتسليم: ليس للمستودع أن يبيع الوديعة لآخر بلا إذن ويسلمها. راجع المادة (٩٦). فإن فعل كان بيعاً فضولياً. أنظر المادة (٣٦٨).

٦ ـ الهبة والتسليم: ليس للمستودع أن يهب الوديعة لآخر ويسلمها بلا إذن. أنظر المادة (٩٦) لأنه بحكم المادة (٨٥٧) كون الواهب مالكاً للمال الموهوب شرط.

٧ ـ التقاص والحساب: ليس للمستودع أن يأخذ الوديعة مقابل دينه عند المودع ويجري تقاصها وحسابها وإن كانت الوديعة والدين من جنس واحد. مثلاً لو كان لشخص في ذمة شخص آخر دين خمسون ذهباً وأودع الشخص الآخر عنده خمسين ذهباً فلا يقع التقاص بالدين المذكور بلا تراض.

فإذا استعملها بلا إذن أو آجرها أو أعارها أو رهنها وسلمها أو باعها وسلمها أو وهبها وسلمها وهلكت الوديعة أو ضاعت أو نقصت قيمتها أثناء الإستعمال بيد المستودع أو بيد المستأجر أو المستعير أو المرتهن أو المشتري أو الموهوب له ولو بلا تعد ولا تقصير لزم الضمان على المستودع. لأن هذه الأعمال نظراً لكونها تصرفاً في ملك الغير بلا إذن موجبة للضمان. أنظر المادة (٩٦).

تفصيل الضمان:

١ ـ الاستعمال: إذا هلكت الوديعة أثناء استعمال المستودع لزم الضمان على المستودع فقط. ومسألة الاستعمال هذه وإن لم تذكر هنا ولكن حيث إنها ذكرت في مثال المادة (٧٨٧) فذكرت شرحاً لأجل حسن المقابلة.

٢ ـ الإيجار: إذا أجر المستودع الوديعة بلا إذن لآخر وسلمها فعند هلاكها بيد المستأجر فالمودع

مخير. إن شاء ضمنها للمستودع بسبب أنه كالغاصب. وليس للمستودع في هذه الصورة أن يرجع على المستأجر. إن كان هلاكها بيد المستأجر حصل بلا تعد ولا تقصير. راجع المواد ٦٠٠ و ٦٠١ و ٨٣١. وإن شاء ضمنها للمستأجر بسبب أنه بحكم غاصب الغاصب. ولأجل مسألة رجوع المستأجر على المستودع الذي هو مؤجره فليراجع شرح المادة (٦٥٨).

٣ ـ الإعارة: إذا أعار المستودع الوديعة بلا إذن وهلكت بيد المستعير فالمودع مخير. إن شاء ضمنها للمستودع. وفي هذه الحالة ليس للمستودع أن يرجع على المستعير. إذا كان هلاكها بلا تعد ولا تقصير. لأن المستودع مالك للمستعار بسبب الضمان والمستعار أمانة بيد المستعير بحكم المادة (٨١٣) وإن شاء ضمنها للمستعير وليس لهذا والحالة هذه أن يرجع على المستودع. راجع شرح المادة (٦٥٨).

٤ ـ الرهن: إذا رهن المستودع الوديعة بلا إذن عند آخر ولم يجز المودع الرهن فإن كانت الوديعة موجودة فكما له أن يستردها عيناً من المرتهن يكون المودع مخيراً إذا هلكت. إن شاء ضمنها للمستودع وليس لهذا في تلك الحالة أن يضمن المرتهن قيمتها بالغاً ما بلغ بل يسقط الدين بتقدير هلاك الوديعة بلا تعد بيد المرتهن كما ذكر في لاحقة شرح المادة (٧٤١). وإن شاء ضمنها للمرتهن. وإذا ضمنها للمرتهن يرجع المرتهن على المستودع. راجع شرح المادة (٧٠١).

٥ ـ البيع والتسليم: إذا باع المستودع الوديعة بلا إذن لآخر وهلكت بعد التسليم بيد المشتري فالمودع مخير. إن شاء ضمنها للمستودع فينفذ البيع في تلك الحالة. وإن شاء ضمنها للمشتري وهو يرجع على المستودع. . راجع شرح المادة (٦٥٨)

٦ ـ الهبة والتسليم: إذا وهب المستودع الوديعة بلا إذن لآخر وسلمها فهلكت بيد الموهوب له فالمودع مخير. إن شاء ضمن المستودع. وليس للمستودع والحالة هذه أن يرجع على الموهوب له. وإن شاء ضمن الموهوب له وليس له أن يرجع على المستودع. (راجع شرح المادة ٦٥٨).

٧ ـ التقاص والحساب: إذا أخذ المستودع الوديعة لأجل تقاصها بدينه ولو كان المودع يستردها إن كانت موجودة بيده فإذا كان المستودع استهلكها وكان المستهلك من جنس الدين يجري التقاص مع مقدار الدين ولا يبقى محل للتضمين.

﴿المادة ٧٩٣﴾ إذا أقرض المستودع دراهم الأمانة بلا إذن إلى آخر وسلمها ولم يجز صاحبها يضمن المستودع تلك الدراهم. وكذلك إذا أدى بالدراهم المودوعة عنده الدين الذي على صاحبها لآخر ولم يرض صاحبها يضمن.

إذا أقرض المستودع مبلغ الأمانة أو مال أمانة أخرى من المثليات بلا إذن لآخر وسلمه فإن أجاز صاحبها يعني إن أجاز المودع الوديعة وهي موجودة عيناً بيد المستقرض فتكون الإجازة صحيحة وإلا فيضمن المستودع ذلك المبلغ أو ذلك المال. وعلى ذلك التقدير يكون المستودع مالكاً ذلك القرض بسبب

ملكه يعني بسبب ضمانه.

إيضاح القيود:

(١) ـ دراهم الأمانة. هذا التعبير ليس احترازياً والحكم في عموم المثليات التي يجوز اقراضها على المنوال المشروح. وكذلك في المكيلات كالحنطة والشعير الأمانة وفي الموزونات كالدقيق والتبن وفي العدديات المتقاربة كالجوز والبيض.

(٢)ـ ولم يجز صاحبها. لأنه إذا أجازها صاحبها كان القرض صحيحاً. وكان استيفاء ذلك القرض من المستقرض عائداً إلى المودع. ويجوز كما لو اقرضها المستودع بأمر المودع ابتداء راجع مادتي (١٤٥٩ و ١٤٦٠). غير أنه يشترط في صحة هذه الإجازة أن تكون تلك الوديعة موجودة عيناً بيد المستقرض فإذا أجاز المودع هذا الاقراض بعد أن استهلكها المستقرض لا تصح الإجازة ويضمنها المودع للمستودع.

(٣) ـ يضمن المستودع. هذا التعبير ليس لأجل القابض لأن للمودع أن يضمن الاحتراز من تلك الدراهم أو ذلك المال للقابض أيضاً ويبرأ المستودع في تلك الحالة. راجع المادة (١٦٣٥). كما لو كانت الدراهم المذكورة أو ذلك المال موجودة عيناً بيد المستقرض فللمودع أن يستردها عيناً. ولكن هل لصاحبها أن يضمنها للمستودع إذا كانت الدراهم المذكورة موجودة عيناً بيد القابض، راجع المادة (١٦٣٥) كذلك إذا أدى المستودع بالدراهم الموجودة أمانة عنده دين صاحبها أي دين المودع الذي لآخر ولم يرض صاحبها فصاحبها يكون مخيراً. إن شاء أجاز الإداء والقضاء وليس للمودع أن يطلب شيئاً من المستودع في تلك الحالة. وإن شاء لم يجز وبهذا التقدير يضمن وديعته للمستودع. وتصبح الدراهم التي أعطيت إلى الداين ماله. يعني أنه يكون استوفى مطلوبه وكما أنه ليس للمستودع أن يرجع على المودع بحجة أنه أوفى دينه بذلك المبلغ فليس له أن يراجع الداين أيضاً ويسترد الوديعة. لأن المستودع متبرع بإداء الدين (الولوالجية في الفصل الخامس من أدب القاضي). راجع المادة (٧٨٧).

وفي هذه الفقرة إشارة إلى مسألتين.

المسألة الأولى: عبارة (إذا أدى) تدل على أن المستودع أدى الدراهم للدائن قصداً. وأما إذا كان مطلوب الدائن من جنس الوديعة فللدائن المرقوم عند ظفره أن يأخذ من المستودع مقداراً كافياً لمطلوبه. وإن كان إعطاء المستودع غير جائز. ولا يلزم المستودع الضمان في هذه الحالة.

المسألة الثانية: يشار بعبارة (لم يرض صاحبها) إلى أن المودع الذي هو صاحبها موجود على قيد الحياة. وأما إذا كان صاحبها متوفياً فللمستودع أن يعطي تلك الوديعة إلى داين المتوفي إن كان الدين المذكور معروفاً. لأن المستودع أتى بفعل كان على وصي المتوفي أن يفعله (الولوالجية في الفصل الخامس من أدب القاضي). راجع شرح المادة (٨٩٢).

لأنه قضى من له الحق وهو غريم الميت وليس للابن ميراث حتى يقضى الدين (تكملة رد المحتار).

كما لو كان للمتوفي بذمة شخص مطلوب عشر ذهبات ولشخص آخر دين عشر ذهبات وأعطى لذلك الشخص عشر ذهبات بقوله إني أعطي هذه العشر ذهبات لذلك الشخص الآخر لأجل المطلوب الذي للمتوفي بذمتي وبقصد إيفائه كان ذلك جائزاً وإلا كان متبرعاً ووجب عليه إعطاء دين المتوفي إلى ورثته (من المحل المزبور).

﴿المادة ٧٩٤﴾ إذا طلب الوديعة صاحبها لزم ردها وتسليمها له. ومؤونة الرد والتسليم يعني كلفته تعود على المودع. وإذا طلبها المودع ولم يعطها المستودع وهلكت الوديعة أو ضاعت يضمن. بيد أنه إذا لم يمكنه إعطاؤها لعذر كوجودها في محل بعيد حين الطلب وهلكت أو ضاعت لا يلزم الضمان والحالة هذه.

إذا طلب الوديعة صاحبها أو وكيله أو رسوله فإن كان مقتدراً على الرد والتسليم لزم رد الوديعة وتسليمها له أو لوكيله أو لرسوله بعينها. لأن طلب صاحب الوديعة وديعته هو بمعنى فسخ عقد الوديعة وحيث ان عقد الوديعة من العقود غير اللازمة فحق المودع له ثابت.

إيضاح القيود:

١ ـ (طلب). يظهر من ذكر طلب صاحب الوديعة هنا بصورة مطلقة أنه سواء أطلبها بذاته أم أرسل وكيلاً أم رسولاً وطلبها بواسطة الوكيل أو الرسول المرقوم يلزم ردها. كما سيفصل (تكملة رد المحتار).

٢ ـ (له) هذا التعبير ليس احترازياً لأن الرد إلى وكيله أو رسوله جائز أيضاً. مثلاً لو أمر المودع المستودع بأن يعطي الوديعة لفلان يلزم اعطاؤها له. وإذا أعطاها لفلان يبرأ المستودع الأول وحينما يريد صاحبها استردادها فليس له أن يجبر المستودع الأول على الإسترداد المذكور.

الرد إلى عيال المودع أو منزله:

في رد الوديعة وعدمه إلى عيال المودع ومنزله كزوجة صاحب الوديعة وولده بلا أمر المودع قولان:

ففي قول يجوز ردها ويكون على هذا الوجه كرد ملك المالك إلى عياله ولا يكون هذا الرد إيداعاً. ولكن إذا رد الغاصب وأعاد المال المغصوب إلى من هو في عيال صاحب المال لا يبرأ.

وبهذا التقدير إذا هلكت الوديعة بيد واحد من هؤلاء أي بيد أحد من هم في عياله لا يلزم الضمان على المستودع ونظراً لهذا القول قوله (له) لا يكون احترازاً من عياله.

وفي قول آخر لا ترد إلى عياله أو إلى عياله أو إلى منزله. فإذا ردت وهلكت بيد واحد منهم يكون المستودع ضامناً كما سيفصل في شرح المادة الآتية. ولكن ظاهر قول المجلة يدل على ترجيح القول الأول.

صورة رد الوديعة :

يحصل رد الوديعة وتسليمها بتخلية المستودع الوديعة يعني بإفراغه اياها بحال يمكن قبضها والإذن له بقبضها. كونها أمامه وقوله إقبض .

٣ ـ (الرد) . يشار بهذه العبارة إلى أنه إذا طلب المودع حمل الوديعة إليه يعني نقلها إلى داره مثلاً ولم ينقلها المستودع يعني إذا امتنع عن نقلها وهلكت بعده بيده لا يلزم الضمان . لأن مؤونة الرد على المالك ولا يترتب على المستودع شيء سوى التخلية . (تكملة رد المحتار) .

٤ ـ (فإن كان مقتدراً) . هذا القيد احترازي وهو مذكور في المجلة آتياً .

٥ ـ ورد في الشرح (بعينها) . لأنه لو كانت الدراهم الموجودة بيد المستودع كاسدة يلزم ردها عيناً إلى صاحبها . وإلا فليس لصاحبها أن يقول هذه الدراهم كاسدة لا آخذها وأريد بدلها . حتى لو كانت الوديعة نقدية موجودة بعينها وكانت رائجة ثم منع تداولها بغياب المودع فليس له أن يطلب التضمين بحجة أنه لم يستبدلها وهي رائجة . كما أنه إذا لم يعط المستودع الوديعة عيناً وقال إني اعطي مثلها لا يلتفت إلى قوله وهو مجبور على إعطائها عيناً إن كانت موجودة . مثلاً إذا أمسك المستودع دنانير الوديعة وأراد أن يعطي أمثالها للمودع فللمودع حق أن لا يأخذها وأن يطلب عين الوديعة . لأنه كما ذكر في شرح المادة (٢٤٣) النقود تتعين بالتعيين في الأمانات .

طلب المودع وإنكار المستودع :

إذا طلب المودع الوديعة وأنكر المستودع أنه أودع عنده مالاً فالقول مع اليمين للمستودع . (راجع المادة ٧٨) . فإذا نكل المستودع عن اليمين يلزم الضمان وإذا أقام المودع البينة لزم الضمان أيضاً «راجع المادة ١٠٩» .

إذا اختلف في قيمة الوديعة ومقدارها ووضعها فالقول قول المستودع . «راجع المادة ٧٨» . .
مثلاً لو أودع شخص عند شخص آخر صندوقاً مقفولاً ثم لما قبضه ادعى بأن كذا أشياء ناقصة في الصندوق المذكور وقال الآخر لا أعلم وجود أشياء كهذه في الصندوق لا يلزم الضمان ولا اليمين على ذلك الشخص الآخر. بل يجب على المودع أن يدعي إيداعه للأشياء المذكـورة استهلاك الشخص الآخر وتضييعه اياها .

كذلك إذا أودع شخص عند شخص آخر دراهم في كيس بلا تعداد وادعى أخيراً بأن الدراهم كانت بزيادة كذا لا يلزم على المستودع شيء . ما لم يدع لقوله أنها كانت زائدة مقدار كذا وأنت أضعت الزيادة أو حصلت منك خيانة بوجه كذا . وإذا ادعى المستودع بعد إقراره بقبض الوديعة أنه كاذب في إقراره يحلف المستودع . راجع المادة «١٥٨٩» .

إدعاء المستودع بأنه ردها أو أنها هلكت :

إذا ادعى المستودع أنه رد الوديعة أو أنها هلكت بلا تعد ولا تقصير بيده يصدق بيمينه . «راجع

المادة ١٧٧٤» وإذا توفي قبل أن يحلف اليمين لا تحلف ورثته.

ومؤونة رد الوديعة وتسليمها يعني كلفته ومصرفه عائدة على المودع. «راجع المادة ٧٩٧». لأنه من القواعد أن يعود رد وإعادة المال على من يكون قبضه لأجل منفعته. لأنه بحكم المادة (٨٨) الغرم بالغنم. وحيث ان قبض الوديعة هو لأجل منفعة المودع فكما إن مؤونة ردها بناءً على هذه القاعدة عائدة على المودع فمؤونة رد المستعار أيضاً تعود على المستعير بناءً على القاعدة لأن قبض المستعار لأجل منفعة المستعير كما ذكر في المادة (٨٣٠).

وكما ان المواد (٥٩٤ و ٥٩٥ و ٨٣٠) متفرعة على هذه القاعدة فعائدة مؤونة رد المرهون على المرتهن تتفرع على هذه القاعدة أيضاً كما ذكر في شرح المادة (٧٢٣).

ولذلك إذا قال المودع إحضر لي الوديعة اليوم فلو قال نعم احضرها في ذلك اليوم وهلكت في غد اليوم المذكور بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان لأن الواجب على المستودع هو التخلية وليس النقل من محل إلى آخر فجوابه بقوله نعم تبرع ولا يجبر على إنفاذه.

وإذا طلب المودع أو وكيله أو رسوله الوديعة من المستودع ولم يعطها المستودع مع اقتداره على ذلك وهلكت الوديعة أو ضاعت يضمن لأن عدم الإعطاء بعد الطلب تعد. (البحر)، وبهذا التقدير يعني بصورة عدم إعطائه بعد الطلب لا يبرأ من الضمان مالم يرد الوديعة سالمة إلى صاحبها. راجع شرح المادة «٧٨٧».

والحاصل طلب الوديعة على ثلاثة أنواع.

١ - طلب المودع بالذات: وبهذا التقدير يلزم على المستودع أن يردها. فإذا لم يردها وهلكت يضمنها. ولذلك إذا طلب المودع الوديعة وبناء على قول المستودع «ليس لي اقتدار أن أحضرها الآن» فترك وذهب فإن كان ذهب برضاه يكون عقد الوديعة إنشاء مجدداً فإذا هلكت الوديعة بعد ذلك لا يلزم الضمان على المستودع وأما إذا ذهب بدون رضاه يكون المستودع ضامناً.

وإنما إذا كان طالب الوديعة وكيل المودع فلعدم مأذونية الوكيل المرقوم بإنشاء عقد الوديعة يلزم الضمان بأي حال. «البحر».

كما لو كانت الفرس المشتركة بين شخصين بيد أحد الشريكين فطلبها الآخر كي ينتفع بها في نوبته فلم يعطها مع اقتداره على ذلك وهلكت بيده له أن يضمن حصته.

٢ - طلب وكيل المودع: في هذه الصورة أيضاً يلزم على المستودع ردها فإن لم يردها وهلكت بيده يضمن.

مثلاً لو بعد ان قال المودع للمستودع إعط الوديعة لخادمي فطلبها الخادم من المستودع ولم يعطها وهلكت بيده يضمن.

ولكن يجب أن تثبت وكالة الوكيل بالبينة حتى يكون المستودع مجبوراً على دفعها فإذا لم تثبت وكالة

بالبينة وثبتت بتصديق المستودع فكما ان المستودع غير مجبور على تسليمها فهو بالأولى غير مجبور على تسليمها إذا لم يصدق المستودع وكالة الشخص الذي يقول أنا وكيل أو لم يكذبها أو سكت أو كذبها فإذا لم يعطها والحالة هذه وهلكت بيده لا يضمن «تكملة رد المحتار».

والحاصل ـ إذا جاء شخص عند المستودع وأخبر أنه وكيل يقبض الوديعة من قبل المودع وصدق المستودع على وكالة ذلك الشخص لا يؤمر بردها إلى الوكيل المرقوم «رد المحتار» كما أنه لا يجبر أيضاً على الدفع إذا كذب الوكالة أو سكت.

ولكن إذا طلب شخص الدين من المدين قائلاً انه وكيل بقبض الدين وصادق المدين أيضاً على الوكالة يلزم عليه أن يفي الدين. يعني بجبر المدين عليه. والفرق هو أن إقرار المدين في الدين على هذا الوجه إقراراً في ملكه وهو صحيح وأما الإقرار في الوديعة فهو إقرار في ملك الغير وليس صحيحاً.

ولو أقر بالوكالة وأنكر المال لا يصير خصماً ولا تقبل البينة على المال إلا أن تقع البينة على الوكالة ولو أقر بالمال وأنكر الوكالة لا يحلف الوكيل المطلوب على العلم بوكالته إذ يترتب على دعوى صحيحة ولم تصح إذ لم تثبت وكالته فلم يصر خصماً إلا إذا قامت البينة على الوكالة والمال يقبل عند أبي حنيفة بناءً على أن وكيل قبض الدين يملك الخصومة عنده تكملة رد المحتار في آخر الوديعة.

وكذلك لو قال المودع إعط الوديعة لمن أرسله من وكلائي الثلاثة وطلبها أحدهم فلم يعطه اياها المستودع بحجة أنه سيعطيها للوكيل الآخر وهلكت الوديعة يضمنها. لأنه متى طلب المودع أو وكيله الوديعة فلا يكون له رضا بإمساك المستودع الوديعة بعده ويكون الطلب المذكور فسخاً لعقد الوديعة من قبل المودع «مجمع الأنهر».

٣ ـ طلب رسول المودع. إذا أثبت رسالة الرسول في هذه الصورة لزم على المستودع ردها له حتى إنه إذا لم يسلمها إلى الرسول بحجة أنه سيعطيه اياها بذاته وتلفت بعد ذلك بيده يضمن.

وأما إذا أنكر المستودع رسالة من قال أنا رسول أو أنكر رسالة ولم يتمكن هو أيضاً من إثبات رسالته فلا يضمن إذا لم يعطه.

كما لو قال المودع للمستودع إعط الوديعة لمن يخبرك بكذا علامة وجاء شخص للمستودع وأخبره بالعلامة فلم يصدقه المستودع ولم يعطه الوديعة فلا يضمن. لأنه من الجائز أن يخبر بتلك العلامة شخص غير الرسول ما لم يثبت الشخص المرقوم أن العلامة المذكورة هي علامة المودع «تكملة رد المحتار وفيه تفصيل المسألة والأنقروي». قول المستودع اعطيتها للرسول: اذا قال المستودع للمودع «جاء رسولك واعطيته الوديعة» وانكر المودع انه رسوله فإن اثبت المستودع ذلك فبها. والا يحلف المودع أنه ليس رسوله فان نكل عن اليمين ثبتت الرسالة. واما ان حلف يضمن المستودع الوديعة. واذا صدق المستودع رسالة الرسول يرجع على الرسول بالشيء الذي ضمنه يعني يضمنه للرسول المرقوم. والتضمين يكون بالصور الثلاث الآتية:

الصورة الأولى ـ إذا أعطى المستودع الرسول الوديعة رغم تكذيبه رسالته يعني إذا أعطاه اياها مع

بيانه أنه ليس برسول يرجع المستودع أيضاً بعد الضمان على ذلك الرسول.

الصورة الثانية ـ إذا أعطى المستودع الرسول الوديعة دون أن يصدقه أو يكذبه يرجع المستودع أيضاً على الرسول.

الصورة الثالثة ـ إذا صدق المستودع الرسول المذكور يعني مع بيانه أنه مرسل من قبل المودع فإذا شرط تضمينه والرجوع عليه في تقدير إنكار المودع وتضمينه الوديعة له أن يرجع أيضاً على ذلك الرسول (تكملة رد المحتار وفيه تفصيل وإيضاح).

ولكن للمستودع أن يمتنع عن رد الوديعة في مسألتين.

المسألة الأولى: للمستودع أن يمتنع عن رد الوديعة إذا عجز حساً أو معنى.

بيان العجز الحسي هو كوجود الوديعة في محل بعيد حين طلبها. وبيان العجز المعنوي هو كما لو كان وقت فتنة وكان المستودع خائفاً على نفسه او على ماله وكانت الوديعة مدفونة مع ماله فإذا لم يعطها المستودع لعجزه بعذر من الأعذار المذكورة وهلكت الوديعة بعد ذلك بيده لا يلزم الضمان.

المسألة الثانية: إن كان المودع ظالماً في طلبه وديعته فللمستودع أن يمتنع عن إعطائها. مثلاً لو كانت الوديعة سيفاً وكان قصد المودع أخذه وضرب أحد به فللمستودع أن يمتنع عن إعطائه اياه. ويستمر على الامتناع حتى يتيقن أن المودع عدل عن فكرة الضرب. فإذا طلبه المودع وقام الريب بين أن يستعمله للانتقام أو في المسائل المباحة. فللمستودع أن يمتنع عن تسليم الوديعة أيضاً (تكملة رد المحتار).

وإذا حررت امرأة سنداً يحتوي على إقرارها بأخذ مطلوبها من زوجها أو ان المال الفلاني هو ملك زوجها وأودعت السند المذكور أثناء مرضها عند شخص على أن يعطى إلى زوجها بعد وفاتها ثم أبلت من مرضها وأرادت أن تأخذ السند من ذلك الشخص فلذلك الشخص أن يمتنع عن إعادة السند المار ذكره إلى الزوجة المودعة صيانة لحقوق زوجها.

تناقض المستودع موجب للضمان: مثلاً إذا طلب المودع الوديعة فقال المستودع أعطيكها غداً أو خذها غداً.

فلو ادعى بعد ذلك بأن الوديعة تلفت أو ضاعت بلا تعد ولا تقصير منه فيسأل المستودع عن الوقت الذي تلفت أو ضاعت فيه. فأخبر انها تلفت أو ضاعت بعد قوله أعطيكها غداً لا يضمن إذ لا تناقض في ذلك. وأما إذا أخبر انها تلفت يضمن. لأن قوله خذها غداً إقرار بوجود الوديعة في ذلك الوقت وقوله أخيراً ضاعت تناقض (تكملة رد المحتار).

وإذا أنكر المستودع الوديعة عند طلب المودع اياها ثم أقام البينة بعد إنكاره هذا على أنه أعادها يقبل منه. كما أنه لو أقام البينة على ردها قبل الإنكار مؤولاً إنكاره بقوله أخطأت في إنكاري أو نسيت يقبل منه أيضاً.

وأما إذا طلب المودع الوديعة وأجابه المستودع أنك لم تعطني شيئاً ثم بعد ذلك قال نعم كنت

أودعتها عندي ولكن رددتها لك أو ادعى بأنها تلفت بلا تعد ولا تقصير لا يقبل منه. ولكن إذا ادعى ردها إلى صاحبها أو تلفها على الوجه المذكور بعد قوله ليس لك عندي شيء يقبل. إذ أن الوديعة لا توجد بيد المستودع بعد الرد أو التلف فيكون المستودع صادقاً في قوله.

وإذا ادعى المستودع ضياع الوديعة وأثبته بعد أن أثبتها المودع بالبينة بناءً على إنكار المستودع يكون المستودع ضامناً أيضاً. لأن الشهود شهدوا على هلاك الوديعة والهلاك مطلق إذ أنه يحتمل الهلاك قبل الجحود ولا ضمان في هذه الصورة ويحتمل أن يكون الهلاك بعد الجحود فالضمان لازم على هذا التقدير. لأن هلاك المضمون يوجب تقرر الضمان ولا يقتضي سقوطه. فيكون قد حصل شك في سقوط الضمان بعد وقوعه ولا يزول اليقين بالشك (قطلوبغا في الوديعة).

﴿المادة ٧٩٥﴾ يرد المستودع الوديعة ويسلمها بالذات أو مع أمينه فإذا تلفت أو ضاعت في أثناء ردها مع أمينه بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان.

يرد المستودع الوديعة ويسلمها إلى المودع بالذات أو مع أمينه المقتدر على الحفظ. لأن رد المستودع الوديعة مع أمينه جائز كما أن حفظها عنده جائز أيضاً بحكم المادة (٧٨٠).

إيضاح القيود:

١ - (مقتدر على الحفظ): لأنه إذا رد المستودع الوديعة مع الصغير غير المقتدر على حفظها وتلفت بيد ذلك الصغير لزم الضمان على المستودع.

٢ - أمينه: يظهر من ذكر لفظه أمينه بصورة مطلقة أن وجود الأمين المرقوم في عيال المستودع ليس بشرط. كما مر تفصيلاً في شرح المادة (٧٨٠).

فمتى رد المستودع الوديعة على هذا الوجه يخلص من المسؤولية. متى إذا ضبطت الوديعة بالإستحقاق بعد ذلك فلا يكون المستودع مسؤولاً ولا ضامناً تجاه المودع. غير أنه إذا أعطى المستودع الوديعة للرسول بأمر المودع وبعد أن هلكت بيد الرسول ظهر مستحق فالمستحق المرقوم مخير. إن شاء ضمنها للمودع وإن شاء ضمنها للرسول. (راجع المادة ٩١٠).

وسبب قوله أمينه لأنه إذا رد المودع الوديعة مع غير أمينه وتلفت قبل الوصول يضمن. وإذا ادعى على هذا التقدير بقوله إني أرسلت الوديعة مع فلان وهو غير أمين ووصلت فإن أقر المودع بالوصول فبها وإذا أنكر فالقول قول المودع ويلزم الضمان ما لم يثبت المستودع وصولها (راجع شرح المادة ٧٨٩).

صورة رد الوديعة:

رد المستودع عبارة عن تخلية الوديعة وإلا فليس المستودع مجبوراً على نقلها إلى بيت المودع وقد مر ذلك في شرح المادة الآنفة.

٣ - (إلى المودع): لم يذكر في المجلة إلى من يجب رد الوديعة أي هل يجب ردها إلى المودع بالذات أو يجوز ردها إليه وإلى من كان في عياله وبناءً عليه بادرنا إلى إيضاح ذلك كما يأتي: وفي هذه المسألة قولان.

القول الأول: يلزم ردها إلى المودع بالذات يعني أن الوديعة لا تقاس على المستعار أي على المادة (٨٢٩) فيلزم ردها إلى المودع بالذات ورجح صاحب البحر هذا الرأي في موضع من كتابه وقال لم يجر العرف في الرد إلى منزل المودع أو عياله وليس للمودع رضا في الرد على هذه الصورة لأنه لو كان له رضا في الرد إلى هؤلاء لما كان أودع المودع الوديعة عند المستودع ورجح صاحب الفصولين هذا القول بقوله (وبه يفتي) وقيل هذا القول في الكتاب المسمى (جواهر الفقه) أيضاً.

وظاهر المادة ٧٩٤ يدل على أن المجلة رجحت هذا القول وقد ذكر ذلك في تلك المادة.

القول الثاني: يجوز رد الوديعة إلى غير المودع والمالك يعني إلى من كان في عياله أيضاً ورجح صاحب الخلاصة أيضاً هذا القول نظراً لنقل البحر بعبارة (والفتوى عليه) وقد ذكر ذلك في شرح المادة (٧٩٤).

وإذا أرسل المستودع الوديعة مع أمينه إلى صاحبها فتلفت أو ضاعت بيد الأمين قبل وصولها إلى صاحبها بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان على أحد من المستودع والأمين. (أنظر المادة ٩١). (تكملة رد المحتار).

رد المستودع بالذات أو مع أمينه وإنكار المودع.

إذا قال المستودع رددت الوديعة لك بالذات أو مع أميني فلان وأنكر المودع فالقول مع اليمين بحكم المادة (١٧٧٤) قول المستودع وبينها أن اليمين تكون أبداً على النفي فاليمين في هذه المسألة ترد على الإثبات. إذ أنه إذا حلف المستودع اليمين على أنه رد الوديعة إلى صاحبها أو أنها تلفت بلا تعد ولا تقصير بيده يبرأ

بيد أنه إذا توفي المستودع قبل حلف اليمين وبعد إدعائه بأنه رد الوديعة إلى المودع أو أنها تلفت بلا تعد ولا تقصير فلا يحلف الوارث. (راجع المادة ٨٠١) وشرحها.

كما لو توفي المودع وطلب وارثه الوديعة من المستودع فادعى أنه ردها إلى المودع أو إلى وصيه بعد وفاته يكون القول مع اليمين للمستودع.

﴿المادة ٧٩٦﴾ إذا طلب الشريكين (بعد أن أودعا مالهما المشترك عند شخص) حصته في غياب الآخر فإن كانت الوديعة من المثليات أعطاه المستودع حصته وإن كانت من القيميات فليس له ذلك.

إذا أودع شخصان أو أكثر مالهم المشترك عند شخص وطلب أحد الشركاء في غياب الآخر حصته فإن كانت الوديعة من المثليات أعطاه المستودع حصته. وليس المقصود من الغياب هنا الفقدان. وهذا مذهب الإمامين والمجلة قد قبلته. وعند الإمام الأعظم الحكم في هذا كالحكم المندرج في الفقرة الآتية يعني حيث إن المستودع غير مالك المال المشترك فالإعطاء على هذا الوجه يكون تعدياً على ملك الغير.

ودليل الإمامين هو بما ان الشريك الحاضر طلب حصته التي أودعها عند المستودع فهذا مجبور على إعطائه اياها. كما أن لكل من المتشاركين أن يأخذ حصته في المثليات المشتركة في غياب الآخر وبدون إذنه على ما ورد في المادة (١١٤٧). يعني أنه إذا وجد المال المشترك الذي هو من المثليات في يد المستودع فكما للمشارك الآخر أن يأخذ حصته حال غيابه فله حق أن يأخذها أيضاً إذا وجد من يد المستودع. وذكر في المادة ١١٠٠ ان الحكم في الدين المشترك على هذا المنوال.

وهذا الاختلاف بين الإمام الأعظم والإمامين جار في المثليات وليس في القيميات وبعض المشايخ ذكر أن الاختلاف المذكور جاء في القيميات وذلك غير صحيح.

وذكر الشريكين بصيغة المثنى ليس احترازياً كما أشير إليه شرحاً أيضاً إذ لو كان المودع ثلاثة أو أربعة فالحكم أيضاً هكذا. كما إذا كان المودع ثلاثة أشخاص مثلاً وجاء واحد أو إثنان منهم في غياب الآخر فلهما إن يأخذا حصتهما من الوديعة التي هي من المثليات. وإذا راجع الشريك الذي طلب حصته الحاكم في هذا الوجه يأمر المستودع بإعطاء حصته. حتى لو أعطى ثلاثة أشخاص وديعتهم من المثليات شخصاً آخر وأنذره بأن لا يعطي الوديعة لأحدهم ما لم يكن الثلاثة مجتمعين ثم جاء واحد منهم وأخذ حصته من المستودع لا يضمن المستودع عند الإمام أبي يوسف (الخانية).

الأحكام فيما لو أخذ أحد المودعين المتعددين حصته من الوديعة التي هي من المثليات:

إذا سلم المستودع المودع الحاضر حصته من الوديعة بموجب فقرة هذه المادة ثم تلفت الحصة المذكورة بيد القابض يعود خسارتها عليه وحده. ولما يحضر المودع الآخر يأخذ الحصة الموجودة بيد المستودع تماماً وليس للمودع الذي أخذ حصته قبل ذلك أن يشاركه فيها. وأما إذا دفع المستودع للمودع الطالب حصته وسلمه اياها ثم بعد ذلك تلفت الحصة الأخرى بيد المستودع بلا تعد ولا تقصير وحضر الشريك الغائب فتجري الأحكام الآتية عند الإمام أبي يوسف. فإن كان الدفع والتسليم هذا بحكم الحاكم تكون الحصة المأخوذة ملكاً لمن قبضها ولا يترتب على أحد ضمان. وإن كانت بلا حكم الحاكم يكون الغائب مخيراً حينما يحضر.

إن شاء شارك القابض في حصته التي آخذها يعني أخذ نصف الحصة التي أخذها. وإن شاء ضمن حصته للمستودع. ويكون هذا استثناء المادة (٩١). ويرجع المستودع بحسب هذا التقدير على القابض. (تكملة رد المحتار).

وقال الحموي إن كون المودع إثنين يحصل بأن يكون الإثنان معاً عند المستودع. وأما إذا أودع واحد من الإثنين فقط الوديعة عند المستودع فوجود الآخر حين الإيداع لا يستلزم إشتراكه في الوديعة أيضاً. لأنه من الجائز أن يكون ذلك الآخر شاهداً مثلاً انتهى.

كون المودع إثنين لا ينحصر في هذه الصورة. لأنه إذا كان احد الاثنين حاملاً الوديعة مثلاً وسلمها الاثنان للمستودع قائلين (هذا المال لنا نعطيكه كي يكون وديعة عندك) يصير المودع إثنين.

وإن كانت الوديعة من القيميات فليس للمستودع أن يعي المودع حصتـه. فإن فعـل وهلكت يضمنها. حتى لو راجع المحاضر الحاكم وطلب حصته فليس للحاكم أن يحكم بإعطائها. وإذا أقام أحد المودعين البينة على ان كامل الوديعة ملكه أو ان رفيقه أقر وقت الإيداع بأن كامل الوديعة ملكه لا تقبل تلك البينة بمواجهة المستودع فقط.

وإذا كانت الوديعة مثلية جاز إعطاء أحد المودعين حصته وإذا كانت قيمية لا تجوز والفرق بينهما هو ان الإفراز غالب في المثلي والمبادلة غالبة في القيمي على ما سيذكر في المادتين ١١١٧ و١١١٨ وبما ان المستودع ليس مأذوناً بالمبادلة أي بتقسيم المال المشترك الذي بيده بين المشاركين فليس له أن يعـطي القيمي.

ورد في هذا المثال تعبير المال المشترك لأنه لو أودع كل من الإثنين ماله عند شخص على حدة وجاء أحدهما طالباً ماله فالمستودع مجبور على رده وإعادته إليه وليس له أن يمتنع عن الإعطاء في غياب الآخر لمجرد عدم إيداع الإثنين في مجلس واحد (الفيضية).

﴿المادة ٧٩٧﴾ مكان الإيداع في تسليم الوديعة معتبر. مثلاً المتاع الذي أودع في الشام يسلم في الشام ولا يجبر المستودع على تسليمه في القدس.

مكان الإيداع معتبر في رد الوديعة وتسليمها لصاحبها. ولو لم يكن لها حمل ومؤونة. وما يلزم في هذا الباب على المستودع هو التخلية كما ذكر في شرح مادتي (٧٩٤ و ٧٩٥) وليس نقل الوديعة من محل وإيصالها إلى محل آخر، واجباً عليه. يعني أن التسليم يتحقق بالتخلية.

مثلاً المتاع الذي أودع في الشام تجب تخليته لأجل التسليم في الشام. والا لا يجبر المستودع على نقله إلى القدس وتسليمه هناك لأنه لو أرغم على تسليمه في القدس لوجبت مؤونة الرد على المستودع مع أنه كما ذكر في المادة (٧٩٤) ان مؤونة الرد عائدة على المودع.

والحاصل المودع مجبور على أخذ الوديعة في مكان الإيداع. حتى لو ادعى شخص على آخر قائلاً: لي عندك كذا وديعة فاعطني اياها يؤمر الآخر بحكم المادة (١٦٢١) بإعطاء الـوديعة الشخص المـذكور ليحضرها إلى مجلس المحاكمة. ولا يجبر ذلك الآخر على إحضار الوديعة إلى مجلس المحاكمة. واعتبار مكان الإيداع في تسليم الوديعة مطلق. أي سواء أكانت الوديعة محتاجة إلى حمل ومؤونة أو لم تكن.

مثلاً لو اودع شخص عند شخص آخر خمسين ذهباً في بيروت واجتمعا بعد مدة في صيدا فليس للمودع أن يجبر المستودع على إحضار المبلغ المذكور من بيروت وتسليمه له في صيدا. لأن المستودع يصبح مجبوراً والحالة هذه على الذهاب لبيروت ونقل المبلغ إلى صيدا أو أن يطلبه بالبريد ويتضرر باجرته. والضرر ممنوع بحكم المادة (١٩).

﴿المادة ٧٩٨﴾ منافع الوديعة لصاحبها.

يعني أن المنافع المتولدة من الوديعة تكون لصاحبها. لأن المنافع المذكورة نماء ملك صاحبها يعني المودع.

فلذلك نتاج حيوان الأمانة ولبنه وصوفه عائد لصاحبه. فإذا تجمع مقدار من لبن الحيوان المودع أو من ثمار الكرم والبستان المودع وخيف من فساده فباعه المستودع بدون إذن صاحبه يضمن بصفته غاصباً. وهاك إيضاح الأحكام التي تجري عند حصول الخوف من فساد منافع الوديعة وزوائدها.

إذا كان صاحب الوديعة غائباً يراجع المستودع الحاكم وإذا باعها بأمر الحاكم فلا ضمان. (راجع المادة ٩١).

وأما إذا باعها بلا أمر الحاكم فإن كان في بلدة أو في موضع يمكنه مراجعة الحاكم كمن فيه يضمن أيضاً. (راجع المادة ٩٦). ولكن إذا باع لعدم إمكانه مراجعة الحاكم كوجود في المفازة مثلاً جاز، لأن الضرورات تبيح المحظورات بحكم المادة (٢١).

ومع ذلك إذا لم يبع المستودع الزوائد المذكورة فسدت بمكثها فكما أنه لا يلزمه الضمان في الوديعة بموجب المادة (٧٨٥) لا يلزمه في هذه أيضاً، سواء أكانت مراجعة الحاكم ممكنة أم غير ممكنة (تكملة ردّ المحتار).

المنافع التي لا تعود إلى المودع:

المقصود من المنافع السابقة الذكر المنافع التي تتولد من الوديعة كما أشير إليه شرحاً. وأما المنافع التي لا تتولد من الوديعة فلا تعود إلى المودع. كبدل الإيجار. كما لو آجر المستودع الوديعة بلا إذن المودع وأخذ اجرتها فتكون هذه الاجرة ملك المستودع ولا تدخل للمودع بها. (راجع شرح المادة ٤٤٧). وإن لم تكن حلالاً للمستودع.

كما لو اتخذ المستودع نقود الوديعة رأس مال وتاجر بها وربح فيكون الربح عائداً له وليس للمودع أن يتدخل به. ويضمن المستودع للمودع الوديعة التي كانت رأس مال فقط.

﴿المادة ٧٩٩﴾ إذا غاب صاحب الوديعة وبناء على مراجعة من نفقته واجبة عليه قدر له الحاكم نفقة من نقود ذلك الغائب المودعة وصرف المستودع من النقود المودعة عنده لنفقة ذلك الشخص لا يلزم الضمان. وأما إذا صرف بلا أمر الحاكم يضمن.

إذا كان صاحب الوديعة غائباً وراجع من نفقته واجبة على صاحب الوديعة الحاكم يعني طلب تقدير نفقة له من نقود الغائب المرقوم المودعة مثلاً فإن أقر المستودع بأن للغائب المرقوم وديعة عنده وبالسبب الذي يوجب النفقة على المودع الغائب لأجل المدعي يحلف الحاكم أيضاً طالب النفقة وفقاً

للأصول الشرعية وبعد أن يأخذ منه كفيلاً بالمال يقدر لذلك الشخص نفقة من نقود الغائب المرقوم المودعة أو من ماله الآخر المودع والصالح للنفقة كالشعير والحنطة والأقمشة أو يأمر ويإذن المستودع بالصرف على من نفقته واجبة على المودع فإذا صرف المستودع والحالة هذه من نقود الوديعة الموجودة بيده أو من الشعير والحنطة والأقمشة وأعطى لنفقة ذلك الشخص لا يلزم الضمان.

سؤال وجواب:

سؤال ـ إذا قدر الحاكم نفقة من مال المودع وفي غيبته يكون ذلك حكماً عليه وهذا نظراً للمادة (١٨٣٠) غير جائز.

الجواب ـ النفقة المذكورة واجبة على المودع قبل القضاء أيضاً فقضاء الحاكم بالنفقة وحكمه ليس سوى إعانة لمن له النفقة.

إيضاح القيود:

١ ـ غائب: المقصود من الغائب هنا الشخص البعيد مدة السفر. وحيث ان مراجعة من كان بعيداً بأقل من مدة السفر تكون سهلة فلا يجوز تقدير نفقة من الوديعة في غيابه (البحر ومجمع الأنهر).

٢: إذا أقر بالوديعة وبالسبب الموجب للنفقة. جاز تقدير نفقة من مال كهذا موجود بيد المضارب أو بيد المستودع وهذا مشروط بإقرار المستودع بالوديعة وأما إذا لم يقر بالوديعة فلا تلزم اليمين على المستودع.

وبأي سبب من أسباب النفقة التي ستذكر يستحق طالب النفقة النفقة.

٣ ـ تحليف طالب النفقة، إذا كان الشخص الطالب للنفقة زوجة المودع الغائب مثلاً فعند لزوم تقدير النفقة تحلف على أن زوجها الغائب لم يترك لها نفقة وأنها ليست بناشز وإن كان طالب النفقة ولد الغائب يحلف على الوجه المشروح على أن والده الغائب لم يترك له نفقة وهذه اليمين هي إحدى الإيمان الخمس التي تحلف من قبل الحاكم بلا طلب والأربعة الباقية مذكورة في المادة ١٧٤٦ من المجلة.

٤: كفيل بالمال. إذا كان طالب النفقة الزوجة مثلاً ولزم تقدير نفقة لها فيلزم على الحاكم أن يأخذ منها كفيلاً ثقة يستعد ويتعهد بأن يضمن ما تأخذه الزوجة من النفقة إذا حضر زوجها وتبين لدى المحاكمة أنها لا تستحق تلك النفقة أما أن يكون زوجها ترك لها ما يكفيها أو بسبب آخر كالنشوز أو الطلاق.

٥: أو بلا أمر المودع. لأنه متى كان بأمر المودع فللمستودع أن يصرف بلا تقدير الحاكم أيضاً وسيجيء إيضاح هذه المسألة قريباً.

٦: الوديعة. هذا الحكم ليس مخصوصاً بالوديعة. بل مثلها في الحكم مال الغائب الموجود عند المضارب أو بذمة المدين أيضاً وتخصيصه بالوديعة هنا مبني على كون البحث معلقاً بالوديعة.

٧ : النقود. هذا التعبير كما أوضح شرحاً غير احترازي فالأشياء الصالحة للنفقة كالطعام والكسوة التي هي من جنس النفقة على هذا المنوال حكماً. ولا يجوز تقدير نفقة من الودائع غير الصالحة للنفقة كالفرس والكتاب. لأن هذه الأشياء تحتاج إلى البيع لأجل الإنفاق والحال أنه لا يجوز بيع مال الغائب لأجل الإنفاق.

الأحكام التي تترتب عند صرف الوديعة على تقدير النفقة.

إذا حلف المستودع لدى الإيجاب. بعد أن صرف ثلاثماية قرش من الخمسماية قرش الموجودة وديعة عنده على النفقة بناءً على تقدير الحاكم ورد المائتي قرش الباقية إلى المودع أنه لم يمسك منها مقداراً بيده تقبل منه اليمين ويكون صادقاً في يمينه.

وإذا ادعى المستودع بأنه دفع الوديعة إلى من له النفقة بعد تقدير الحاكم النفقة على هذا يقبل كلامه. راجع المادة ١٧٧٤.

٨ : يحلف الحاكم ألخ. وأما إذا كان المستودع الأبوين أو الزوجة أو أحد الأولاد وصرفوا من الوديعة لأجل نفقة أنفسهم لا يلزم الضمان. لأنهم يكونون قد استوفوا حقهم إذ نفقتهم لازمة على المودع قبل القضاء.

فإذا كان المستودع الأب مثلاً وأنفق على نفسه من وديعة الإبن واختلفا فيما لو قال الإبن لأبيه صرفت وديعتي وأنت مليء فاضمنها وقال أبوه صرفتها في حال عسري وفقري ينظر إلى حالة الأب يوم الخصومة. فإن كان الأب معسراً في الوقت المذكور فالقول قوله في نفقة مثله. وإن كان الأب مؤسراً فالقول للإبن. راجع مادتي (٥ و ١٠) وعند إقامة كليهما البينة ترجح بينة الإبن.

ولكن إذا كان المستودع غير الأبوين والأولاد والزوجة يضمنون بصرفهم بغير قضاء ولا رضاء.

٩ : تقدير النفقة. يظهر من ذكر تقدير النفقة بصورة مطلقة في المجلة أنه ولو أخبر المستودع أن الزوج الغائب مثلاً أمره بأن لا يعطي من الوديعة شيئاً لزوجته الطالبة النفقة هذه لا يلتفت الحاكم إلى كلامه هذا ويقدر نفقة من الوديعة المذكورة. ولا يضمن المستودع إذا أعطى الوديعة بعد التقدير لأجل النفقة.

إلا أنه إذا كان استحصال أمر الحاكم ممكناً وصرف المستودع دون أن يكون تقدير نفقة وبلا أمر الحاكم ولا إذنه يضمن سواء أصرف على أبوي المودع أو زوجته أو أولاده أو على أحد غيرهم. لأنه تصرف بمال الغير بلا ولاية ولا نيابة عنه. ولأن المستودع نائب من طرف المودع في الحفظ وليس نائباً في شيء آخر. راجع المادتين (٩٦). و (٧٩٣).

وحينما يصير المستودع ضامناً بهذا التقدير على الوجه المحرر يصير مالكاً بطريق الاستناد المبلغ الذي صرفه على من نفقتهم واجبة على المودع وحيث أنه تبرع بمال نفسه على الغير فليس له أن يرجع بمصاريفه المذكورة على ذلك الشخص أيضاً. سواء أأنفق المستودع بالذات من تلك النقود أو سلمهم

اياها وأنفقوا هم بأنفسهم فالحكم واحد في الضمان وعدم الرجوع.

إيضاح الصرف بأمره:

إذا ادعى المستودع بأنه صرف تلك النقود بأمر المودع على الوجه الذي ذكر في شرح هذه الفقرة الأخيرة وأنكر المودع الأمر فإن اثبت فبها. وان لم يقتدر على الاثبات يحلف المودع بأنه لم يأمره. فإن نكل عن اليمين ثبت أمر المستودع. وإن حلف لزم الضمان على المستودع.

والحكم على هذا المنوال أيضاً في الصورة التي يدعي فيها المستودع بأنه تصدق بالوديعة بأمر المودع على الفقراء أو أنه وهبها لفلان.

وإذا صرف المستودع بلا أمر على الوجه المحرر وأجاز صاحب المال أي المودع ذلك فحيث أن الإجازة المذكورة تتضمن معنى الإبراء من الضمان فلا ضمان على المستودع إذ ذاك البتة.

الحكم فيما لو صرف المستودع وكان استحصال أمر الحاكم غير ممكن:

ذكرت المجلة لزوم الضمان على تقدير الصرف بلا أمر هذا إذا كان استحصال الأمر ممكناً ولم يستحصل عليه. كما أشير إليه شرحاً وأما إذا كان استصدار الأمر من الحاكم غير ممكن وصرف فحينئذ لا يلزم الضمان استحساناً كما نقل عن النوادر (البحر في النفقة).

إذا طلبت زوجة المودع مثلاً نفقة من نقود الوديعة وأنكر المستودع الوديعة ثم أقر بها وأخبر بأنها قد ضاعت يضمن.

الأحوال الثلاثة التي توجب النفقة:

وهم الذين تجب نفقتهم على صاحب الوديعة وكيف تصدر من قبل الحاكم. هذا مذكور في الكتب الفقهية تحت عنوان باب النفقة وبناءً عليه سرد التفصيلات هنا في حق هذه المسائل لا يناسب المقام ولكن نقول هنا من قبيل المعلومات المجملة ان الأحوال التي توجب النفقة ثلاثة.

الأولى: الزوجية. يعني أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج.

الثانية: القرابة. يعني أن نفقة الولد الفقير لازمة على أبيه ونفقة الأب الفقير لازمة على ولده.

الثالثة: الملك. يعني أن نفقة المملوك واجبة على مالكه. كما لو امتنع أحد اصحاب الحيوان المشترك عن إعاشته كما ذكر في المادة (١٣٢٠) وراجع الشريك الآخر الحاكم بأمر الحاكم الشريك الممتنع أما ببيع حصته من الآخر أو بإعاشته الحيوان المشترك.

﴿المادة ٨٠٠﴾ إذا عرض للمستودع جنون وانقطع الرجاء من شفائه وكانت الوديعة التي أخذها قبل الجنة غير موجودة عيناً فلصاحب الوديعة حق بأن يرى كفيلاً معتبراً ويضمن الوديعة من مال المجنون. وإذا أفاق وأخبر بأنه رد الوديعة إلى صاحبها أو أنها تلفت أو ضاعت بلا تعد ولا تقصير يسترد المبلغ الذي أخذ منه.

إذا عرض للمستودع حال جنة بدرجة ان انقطع الرجاء من شفائه أي أنه صار بدرجة الجنون المطبق كما سيأتي إيضاحه في المادة (٩٤٤) وحصل يأس من صحوه وافاقته فإن كانت الوديعة موجودة وأثبت صاحب الوديعة في مواجهة ولي المجنون أو وصيه بالبينة أن الوديعة التي أخذها المجنون قبل الجنة عيناً هي وديعته هذه ترد إلى صاحبها. وإن لم تكن موجودة عيناً وطلبها صاحبها وكان للمجنون ولي أو وصي وأثبت المودع بالمخاصمة في مواجهته الإيداع وقيمة الوديعة إذا كانت على القيميات أو في مواجهة الوصي الذي نصبه الحاكم لعدم وجود ولي أو وصي للمجنون لزم تضمين الوديعة وكان لصاحبها بأن يرى كفيلاً معتبراً أي كفيلاً قوياً على أن يضمن للمجنون ثانية لدى الإيجاب الشيء الذي يضمنه من مال المجنون على ما هو مذكور في الفقرة الآتية ويضمنها من مال المجنون. يعني أنه يستوفي مثلها إن كانت من المثليات وقيمتها إن كانت من القيميات من مال المجنون إذا كان له مال، وإذا لم يكن للمجنون مال لا يلزم الضمان من مال الولي أو الوصي بل ينتظر إلى حال يسره. راجع المادة (٩٢٦).

غير أنه إذا أفاق المستودع بعد تضمين صاحب الوديعة على هذا الوجه يعني إذا زال جنونه (ولا يقال كيف تحصل إفاقته بعد انقطاع الرجاء منها كما ذكر في الفقرة السالفة. لأن اليأس المذكور يكون بالنظر لإجتهاد البشر. ويجوز ظهور عكسه بالقدرة الإلهية) وأفاد أنه رد الوديعة إلى صاحبها أو تلفت أو ضاعت بلا تعد ولا تقصير بيده يصدق بيمينه بموجب المادة (١٧٧٤) ويطلب المبلغ الذي أخذ منه أي بدل التضمين من صاحب الوديعة أو من كفيله ويسترده منه. راجع المادة (٩٧).

﴿المادة ٨٠١﴾ إذا توفي المستودع وكانت الوديعة موجودة عيناً في تركته فبما أنها أمانة بيد وارثه أيضاً ترد إلى صاحبها وأما إذا لم تكن موجودة فإن أقر الوارث بأن المستودع قال في حياته لفظاً رددت الوديعة إلى صاحبها أو ضاعت أو أنكر وأثبت الوارث ذلك لا يلزم الضمان وإذا قال الوارث نحن نعرف الوديعة. ووصفها وفسرها وأفاد أنها ضاعت بلا تعد ولا تقصير بعد وفاة المستودع يصدق بيمينه ولا يلزم الضمان. وإذا لم يبين المستودع حال الوديعة فيكون قد توفي مجهلاً فتستوفي من تركته مثل سائر ديونه.

في الوديعة احتمالان عند وفاة المستودع. الإحتمال الأول، وجود الوديعة عيناً في تركته. فإذا وجدت عيناً في تركته فالحكم الذي يجري في حقها وهي بيد المستودع يجري عيناً وهي بيد وارثه أو وصيه ولذلك تكون أمانة بيد الوارث أو الوصي إلى حين أن ترد لصاحبها ويستمر الوارث أو الوصي في حفظها كالمستودع. ومتى طلبها صاحبها ترد وتعاد إليه وليس لدائني المستودع أن يتدخلوا فيها ويدخلوها في قسمة الغرماء. لأن الدين يتعلق بتركة المتوفي وهذه ليست معدودة من التركة. والحكم في مال المضاربة على هذا المنوال أيضاً.

وعليه فكما إن قول المستودع مقبول عند إدعائه في حياته بهلاك الوديعة بلا تعد ولا تقصير بناء على المادة (١٧٧٤) يقبل قول الوارث أو وصية هذا أيضاً على الوجه المذكور في حق الوديعة الموجودة عيناً. وقد ذكر ذلك في قول المجلة (وكذلك إذا قال الوارث نحن نعرف الوديعة فانها كانت ألخ).

مثلاً إذا دفع المستودع الوديعة إلى زوجته ثم توفي وهي موجودة عندها ولما طلبت الـوديعة من الزوجة المذكورة قالت أنها ضاعت أو سرقت فالقول مع اليمين للزوجة ولا يلزم الضمان على أحد وفقاً للمادة (١٧٧٤). وكذا إذا ادعت الزوجة بأنها ردت الوديعة لزوجها المتوفي في حياته فالقول مع اليمين قولها وإذا وجد تجهيل من المتوفي تكون ديناً في تركته.

لزوم ثبوت كون المال الموجود في التركة وديعة:

إثبات وجود الوديعة عيناً أي إثبات أن المال الموجود عيناً هو المال الذي أودع من قبل المودع عند المتوفي أما أن يكون بالشهادة العادلة وأما بإقرار الكبار من الورثة إن كانت تركة المتوفي غير مستغرقة بالديون وإلا لا يثبت شيء بقول المودع. كما إن إقرار الوصي والصغار من الورثة لا يعتبر أيضاً. راجع المادة (١٥٧٣).

ذكرنا أن الحكم في الوديعة عندما تنتقل ليد ورثة المستودع أو وصيه هو عين الحكم حينما تكون بيد المستودع نفسه. إنما تستثنى المسألة الآتية من هذا الحكم. مثلاً لو دل المستودع السارق على الوديعة وأراه اياها وسرقها السارق فحيث إنه يعد قصر في الحفظ يلزم الضمان مع أنه إذا دل الوارث السارق على طريقة سرقتها وسرقها لا يضمن الوارث (الدر المختار). لأنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر.

الاحتمال الثاني: عدم وجود الوديعة عيناً في تركته، فإن لم توجد الوديعة المذكورة عيناً في تركة المتوفي وطلبها المودع مدعياً بأن المستودع توفي مجهلاً على ما جاء في الفقرة الرابعة تجري في ذلك ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: إذا أقر المودع بأن المستودع بين في حال حياته أنه رد الوديعة لصاحبها أو أنها ضاعت يعني أنه سرد حالاً من أحوال الوديعة يوجب البراءة من الضمان شرعاً أو إذا أنكر المودع وأثبت الوارث لا يلزم الضمان. وما يلزم إقراره أو إثباته في هذه الفقرة هو قول المستودع (رددتها أو ضاعت). وبما أن ما أثبت في الفقرة الأخيرة من هذه المادة هو التلف والضياع فلتفترق هذه الفقرة عن الفقرة الأخيرة.

بناءً عليه إذا أثبت وصي المتوفي أو ورثته قول المستودع هذا كما جاء في هذه الفقرة لا يلزم ضمان من التركة. لأنه لو كان المستودع على قيد الحياة وقال هذا القول لكان يبرأ بحكم المادة (١٧٧٤) وإذا ثبت قوله هذا بالبينة بعد وفاته لا يلزم الضمان أيضاً لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً بحكم المادة (٧٥).

إيضاح القيود:

١ ـ القول: إذا لم يثبت قول (رددت) مثلاً وادعوا بأن مورثهم رد الوديعة في حال حياته وأنها تلفت

بلا تعد ولا تقصير لايصدقون بلا بينة كما هو مذكور في الفقرة الآتية. يعني أن قول المستودع (رددتها) أو (ضاعت) يقبل ولا يقبل هذا الإدعاء من ورثته بعد وفاته مجهلاً (تكملة رد المحتار). لكن قال في منية المفتي ما نصه وارث المودع بعد موته إذا قال ضاعت في يد مورثي فإن كان هذا في عياله حين كان مودعاً يصدق وان لم يكن في عياله فلا يصدق (تكملة رد المحتار).

٢ (رددتها. . .) لان بيان وتقرير حال الوديعة بصورة توجب البراءة من الضمان لا ينحصر في الصورتين المحررتين في المجلة مثلا اذا ادعى ورثة المستودع ان المستودع افاد واقر بان المودع امره ببيع الوديعة لشخص آخر وباعها بثمن مثلها بناء على هذا الامر للشخص الفلاني وان الثمن بقي في ذمة ذلك الشخص واثبتوا الامر والاقرار المذكور يبرأون ايضاً. راجع المادة (٧٥) (علي افندي).

٣ ـ اذا اثبت. لان قول الوارث مع اليمين لا يقبل بلا اثبات (الاشباه).

٤ ـ رددتها الخ. سردت المسألة في المجلة بصورة توجب البراءة من الضمان. لانه اذا كان المستودع ادعى وهو في قيد الحياة انه دفع الوديعة الى زوجته وتوفي عقب ذلك وعندما طلبت الوديعة من الزوجة انكرت هذه دفع زوجها الوديعة لها فالقول مع اليمين قول الزوجة ولا يترتب عليها شيء بناء على المادة (٧٨). والضمان يلزم تركة المتوفي بسبب التجهيل.

وهل تلزم اليمين إذا اثبت الوارث قول المستودع المتوفي (رددتها)؟

اذا كان المستودع ادّعى وهو في قيد الحياة بانه رد الوديعة الى صاحبها او انها تلفت بلا تعد ولا تقصير يسمع منه وان يكن القول مع اليمين قوله بحكم المادة (١٨٧٤) وحيث ان صدور الادعاء المذكور منه غير ممكن بعد وفاته وجب استماع شهود على قوله ذلك كماذكر سالفاً.

ولكن بعد اثبات قول المستودع المتوفي هذا هل تجب يمين كاليمين التي لزمت على المورث المستودع وهو حي والتي ذكرت في المادة (١٧٧٤)؟

ونظراً لنقل العمادية من النوادر في بحث الضمانات تلزم اليمين على الورثة بانهم (لم يعملوا بلزوم رد الوديعة او ضمانها على المتوفي). والواقع انه نظراً لما هو مذكور في الانقروي لا تلزم اليمين وعبارته في هذا هي (ادعى المودع رد الوديعة او هلاكها ومات قبل ان يحلف لا يحلف وارثه نص عليه في الجامع الكبير) انتهى.

الوجه الثاني، اذا لم يبين المستودع حال الوديعة في حياته على الوجه المبسوط آنفاً فلوقوف وارثه على ذلك فسر وارثه الوديعة ووصفها بقوله نحن نعلم الوديعة انها كانت كذا وكذا وفسرها بصورة توافق اوصافها الحقيقية وافاد بانها ضاعت بلا تعد ولا تقصير بعد وفاة المستودع او انه ردها وسلمها لصاحبها يصدق بيمينه بموجب المادة (١٧٧٤) ولا يلزم عليه الضمان. لان الوارث كالمستودع عِندما تفسر الوديعة على هذا الوجه تصير الوديعة المذكورة امانة بيده ويقبل قوله بتقدير هلاكها وكما انه لم يوجد تجهيل في الوجه الاول لم يوجد في الوجه الثاني أيضاً. واما اذا ادعى وارث المستودع بعد موت مورثه مجهلا كما سيذكر في الفقرة الآتية ان الوديعة ضاعت في حياة المستودع لا يقبل قوله. لانه وان كان قول الامين مقبولاً فقول الضمين لا يقبل بل يحتاج الى بينة.

ويستفاد من هذه الفقرة انه إذا كان الوارث عالما بالوديعة وكان المورث المستودع واقفاً على علم وارثه هذا فلا يلزم على المستودع بيان وتقرير حال الوديعة كما هو مذكور في الفقرة الثانية (البزازية). يعني انه في هذا التقرير لا يحصل التجهيل بالسكوت عن البيان والتقرير تكملة رد المحتار ورد في هذه الفقرة التوصيف والتفسير. لانه مذكور في الفقرة الأخيرة ان كلامه لا يقبل اذا لم يصف ويفسر. وبما ان الفقرة الأخيرة متممة لهذه الفقرة فكان الأولى أن يقال في الأخيرة وأما (إذ قال الوارث نحن نعلم الوديعة فقط).

إفادة: من المعلوم أن المستودع إذا كان مستودعاً بلا أجر وأما إذا كان مستودعاً بالأجر وتلفت الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرر منه فيلزم تنفيذ حكم الفقرة الأخيرة من المادة (٧٧٧).

الوجه الثالث: وإذا لم تكن الوديعة موجودة عيناً في تركة المستودع ولم يبين هذا الأخير حال الوديعة مع عدم علمه في حال حياته بإطلاع الوارث عليها فحيث أنه يكون توفي مجهلاً يستوفي من تركته كسائر ديونه أي الديون التي ترتبت بذمته في حالة صحته. يعني تؤخذ قيميتها إن كانت الوديعة من القيميات ويؤخذ مثلها إن كانت على المثليات. وإلا فهذا الدين ليس من قبيل دين المرض. ولو كانت الوديعة أوشكت أن تفسد ولا تستقيم مدة طويلة كالعنب والبطيخ. فللمودع أن يبيعها بسعرها الحاضر أو يأكلها ويضمن قيمتها (الأنقروي وتكملة رد المحتار) وفي قوله كديونه السائرة إشارة إلى أنه إذا كانت التركة غريمة يدخل المودع أيضاً بين الغرماء. وإلا فليس للمودع امتياز ما عن سائر الغرماء (تكملة رد المحتار) لأن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولأنه لما مات ولم يبين صار بالتجهيل مستهلكاً لها تكملة رد المحتار وكما يدخل المودع في الغرماء فلو توفي المستودع بعد أن استهلك الوديعة. ولا شك ان إثبات قيمة الوديعة لازم على المودع فإن لم يقتدر على الإثبات فالقول في مقدار القيمة مع اليمين للورثة (تكملة رد المحتار) راجع المادة (٧٦). وإذا تبين المستودع أنه يوجد وديعة لفلان في دكاني كيس يحتوي على مقدار من النقود ولا أعلم عدده ولم يظهر شيء من هذا في الدكان بعد وفاته يلزم الضمان لأن هذا تجهيل أيضاً.

يتفرع على الفقرة الثالثة والفقرة الرابعة السالفتي الذكر المسألة الآتية وهي:

إذا أودع شخصان عند رجل ألف قرش وتوفي ذلك الرجل تاركاً ولداً له وادعى الواحد الشخص ان الإبن المرقوم استهلك الوديعة وادعى الآخر أنه لا يعلم ما هي الوديعة فالذي ادعى استهلاك الإبن حيث إنه أقر بوجود الوديعة عيناً حين وفاة ذلك الشخص فليس له أن يأخذ شيئاً من التركة بحسب الفقرة الثالثة بل يضمن المرقوم لدى الإثبات. وأما الآخر فيأخذ حصته من التركة بموجب هذه الفقرة. يطلب شيئان في التجهيل. فهم من التفصيلات المسرودة أنه يطلب شيئان في تجهيل الوديعة. الأول عدم بيان المستودع حال الوديعة. بناءً عليه المستودع حال الوديعة في حال حياته فكما أنه لا يلزم الضمان إن كانت الوديعة موجودة لا يلزم الضمان في هذه أيضاً. وما مر ذكره في الفقرة الثانية أعلاه هو هذا.

الثاني عدم معرفة الوارث بحال الوديعة. يعني إذا لم يبين ويقرر المستودع حال الوديعة في حال

حياته وكان الوارث عالماً بالوديعة والمستودع عالماً بعلم الإرث أيضاً فلا يلزم الضمان بسبب عدم بيانه حال الوديعة والذي ذكر في الفقرة الثالثة هو هذا. فإذا قال الوارث إني أعلم الوديعة وصادق المودع على ذلك أي على معلومات الوارث بهذا الوجه لا يلزم الضمان من التركة وإن لم تكن الوديعة موجودة عيناً.

تجهيل الوديعة قسماً:

ويكون تجهيل الوديعة في قسم منها أيضاً. مثلاً كما لو كان قسم من الوديعة موجوداً عيناً ووجد تجهيل في القسم الآخر لزم ضمان القسم الذي فيه تجهيل ووجب أن يأخذ المودع ما يصيب حصته إذا كانت تركة المستودع مستغرقة بالدين. ويرد القسم الآخر عيناً.

مثلاً إذا كانت الوديعة عشرين ذهبة وكانت الخمس عشرة منها موجودة عيناً والخمسة الأخرى غير موجودة يلزم ضمان الخمسة فقط وترد الخمس عشرة عيناً.

التجهيل في الأمانات السائرة:

كما إن تجهيل الوديعة يوجب الضمان على ما ذكر فتجهيل الأمانات السائرة كمال المضاربة ومال الشركة ومال البضاعة والمال المأجور والمال المستعار والمال الذي بيد الوكيل بالقبض مستلزم للضمان أيضاً، والقاعدة في هذا هي: (كل أمين مات مجهلاً الأمانة فالضمان فيها لازم).

فإذا ادعت الورثة بعد وفاة الأمين تلف الأمانة بلا تعد ولا تقصير أوردها لصاحبها لا يصدقون بلا بينة. مثلاً لو وجد بيد أحد الشريكين مال شركة وتوفي هذا الشريك مجهلاً دون أن يبين وصف المال المذكور يضمن نصيب صاحبه. سواء أكانت الشركة شركة عنان أو شركة مفاوضة.

وقد ذكر في شرح المادة (٧٤١) إن ما زاد من الرهن عن الدين أمانة فإذا مات المرتهن مجهلاً هذه الزيادة لزم ضمانها على ماذكره (الحموي) في شرح الأشباه وقد أفتى بعض أرباب الفتوى بهذا القول.

إستثناء:

واستثنى بعض المسائل من القاعدة التي ذكرت في حق تجهيل الأمانة وتفصيل ذلك مذكور في الدر المختار وحواشيه وقد رأينا من المفيد ذكر بعض ما يناسب المقام منها هنا.

١ ـ إذا مات الناظر مجهلاً بعد أن قبض غلات الوقف فإن لم يوجد مستحق لتلك الغلات وكانت مشروطة للمسجد لا يلزم الضمان. وأما إذا كان لها مستحق وطلبها فلم يعطها ثم مات مجهلاً لزم الضمان.

بيد أنه إذا توفي الناظر مجهلاً عين الوقف والدراهم والدنانير الموقوفة أو الدراهم والدنانير التي استبدل العقار الموقوف بها فالضمان لازم.

٢ ـ إذا أودع الحاكم أموال الأيتام عند أحد وتوفي مجهلاً قبل أن يبين الشخص الذي أودعها عنده فلا ضمان على الحاكم. وأما إذا توفي مجهلاً أموال الأيتام التي وضعها في داره يضمن.

٣ ـ إذا أودع أمير الجيش الغنايم قبل القسمة عند أحد الغزاة وتوفي دون أن يبين عند من أودعهم لا ضمان عليه.

٤ ـ إذا القت الريح مالاً في دار أحد وتوفي مجهلاً ذلك المال لا يلزمه الضمان.

٥ ـ إذا وضع شخص ماله في دار بدون علم صاحبها وتوفي صاحب الدار مجهلاً المال المذكور لا يضمن.

٦ ـ إذا أودع شخص مالاً عند الصبي المحجور وتوفي الصبي المرقوم مجهلاً ذلك المال لا ضمان عليه لأنه غير أهل لالتزام الحفظ. وإذا بلغ الصبي المذكور بعد ذلك ثم مات لا يلزمه الضمان أيضاً. ما لم يثبت أن الوديعة وجدت بيده بعد بلوغه ويلزم الضمان في تلك الحالة.

والحاصل ـ وإن كان الضمان غير لازم في حال وفاة الصبي بعد البلوغ وعدم علم مصير الوديعة ووقعت هلاكها إذا أثبت المدعي وجود الوديعة بيد الصبي بعد بلوغه لزم الضمان على الصبي المرقوم.

وأحكام المحجورين المذكورة في المادة (٩٤٦) كالجنون والدين والسفه والعته والغفلة هي كالصبي المحجور.

وأما إذا كان الصبي أو المعتوه مأذوناً بالتجارة أو بقبول الوديعة وتوفي مجهلاً بعد أن قبل الوديعة قبل البلوغ والإفاقة لزم الضمان. (راجع المادة ٧٧٦ وشرحها).

٧ ـ وإذا توفي الأب أو الجد مجهلاً مال ابنه أو حفيده فكما أنه لا يلزمه الضمان. فإذا توفي وصي الأب ووصي الجد ووصي القاضي مجهلاً مال الصغير أيضاً لا يلزمه الضمان. وقد ذكرت الأبيات الآتية في حق هذه المسائل وهي وكل أمين مات والعين يحصر وما وجدت عيناً فديناً يصير سوى متولي الوقف ثم مفاوض، ومودع مال الغنم وهو المؤمر وصاحب دار ألقت الريح مثل ما لو ألقاه ملاك بها ليس يشعر، وكذا والد جد وقاص وصيهم، جميعاً ومحجور فوارث يسطر (الدر المختار).

كذلك إذا لم يوصف الوارث ويفسر الوديعة على الوجه الثاني بل قال نحن نعرف الوديعة فأنها هلكت أو ضاعت في حياة المستودع أو بعد وفاته بلا تعد ولا تقصير أو أن المستودع ردها في حياته فلا يعتبر هذا القول تجاه إنكار المودع والقول للمودع فإن لم يقدر على إثبات ضياع الوديعة لزم الضمان من التركة.
ففي هذه الصورة إذا ادعى المودع التجهيل وادعى الوارث تلفها أخيراً بينما كانت معروفة وموجودة عند وفاة المستودع فالقول قول الطالب. وأما إذا أثبت الوارث رد مورثه الوديعة في حياته أو تلفها يبرأ من الضمان. وحيث ان هذه الفقرة سردت لأجل بيان المحترز عنه من عبارة (وصف وفسر) المذكورة آنفاً في الفقرة التي تحت عنوان الوجه الثاني كان من المناسب إتيانها عقيبها لكي تنسجم العبارة.

صورة الإثبات: إذا دفع الورثة الادعاء الموجه بقولهم (إن الوديعة كانت عند وفاة مورثهم موجودة عيناً وإن مورثهم قال هذا المال لفلان وهو وديعة عندي أو كنت أخذت هذا المال بطريق الوكالة

أو الرسالة من قبل فلان على أن أدفعه إليه وأسلمه اياه فادفعوه إليه ولكنه ضاع بعد ذلك عندنا فإذا ثبت دفعهم هذا بشهادة الشهود فكما أنه لا يلزم الضمان من تركة المتوفي لا ضمان على الورثة أيضاً (تكملة رد المحتار).

وسبب عدم قبول قول الوارث في الفقرة الأخيرة هذه مع أنه كان قبل في الفقرة الثالثة من المجلة هو أنه عدا عن أن الوديعة كانت معروفة عند وفاة المستودع فقد فسرها الوارث ولما كان تفسيره مطابقاً لما هو معروف في نفس الأمر صدق قوله. وأما في هذه المسألة حيث إن الوديعة ليست معروفة فإدعاؤه أنها معروفة وأنه هو يعرفها لم يكن مسموعاً.

وبيان حال الوديعة ليس مخصوصاً بوقت الموت. فإذا بين المستودع حال الوديعة في حال صحته وافاقته يكون تخلص من التجهيل. بناء عليه إذا ادعى المودع التجهيل بأن المستودع مات ولم يبين حال الوديعة وقت وفاته فبما ان عدم البيان وقت الوفاة لا يستلزم نفي البيان قبله ولا يكون الإدعاء المذكور صحيحاً. بل يقتضي إقامة الدعوى بأنه مات مجهلاً وبلا بيان حال الوديعة وتقريرها في صورة بيان رد المقدار المجهول:

إذا قال المستودع للمودع (كنت قبضت بعض الوديعة) وتوفي المستودع بعد ذلك ولم يمكن معرفة ما بقي منها وقال المودع لم آخذ شيئاً وقال ورثة المستودع بقي مائة قرش من الوديعة التي هي ألف قرش مثلاً فحيث ان المودع قبض البعض من الوديعة فهو مجبور على تعيين مقدار ما قبضه. ويثبت قبضه للمقدار الذي أقر به. ولكن إذا ادعى الورثة أنه قبض أكثر من ذلك يحلف المودع على أنه لم يقبضه. وعلى هذا التقدير إذا قال المودع أخذت مائة قرش وقال ورثه المستودع أخذت تسعماية قرش فالقول مع اليمين قول المودع.

ذكر في الهندية أنه إذا أقر المودع بقبض بعض الوديعة فالقول مع اليمين في تعيين مقداره له أي للمودع. سواء أكان المستودع على قيد الحياة أو لم يكن فمن الواجب وجود فرق بين مسألة الهندية هذه وبين المادة (١٧٧٤) من المجلة أو توفيقهما.

حاصل مسائل تجهيل الوديعة هو هذا:

١ ـ إذا بين المستودع وصف الوديعة في حياته ثم توفي ولم توجد الوديعة في تركته لا يلزم الضمان. وما ذكر في الفقرة الثانية هو هذا:

٢ ـ إذا لم يبين وكان الوارث عالماً بالوديعة وصادق المودع على علمه بهذا الوجه لا يلزم الضمان ولو لم توجد في تركته. هذا ما ذكر في الفقرة الثالثة.

٣ ـ إذا لم يكن الوارث عالماً بالوديعة ولم يبينها أيضاً فإن كانت الوديعة موجودة عيناً في التركة وثبت بالبينة أو بإقرار الوارث أن الموجود في التركة هو الوديعة يأخذها صاحبها. وهذا ما ذكر في الفقرة الأولى.

٤ ـ إذا توفي المستودع ولم يبين وصف الوديعة ولم يكن عالماً بها فإن لم تكن الوديعة موجودة عيناً في

التركة يكون مات مجهلاً وتكون الوديعة ديناً على التركة. وهذا ما ذكر في الفقرة الرابعة (تكملة رد المحتار).

﴿المادة ٨٠٢﴾ إذا توفي المودع تدفع الوديعة إلى وارثه. وأما إذا كانت التركة مستفرقة بالدين يراجع الحاكم وإذا دفعها المستودع إلى الوارث بلا مراجعة الحاكم واستهلكها الوارث يكون المستودع ضامناً.

تعطى الوديعة عند وفاة المودع لوارثه أو لوصيه. وللوارث أن يطلب الوديعة من المستودع وأن يدعي بها. لأن الوارث قائم مقام المورث.

وفي تلك الحالة إذا ادعى المستودع أنه دفع الوديعة للمودع في حياته أو لوصيه بعد وفاته فالقول مع اليمين قوله بموجب حكم المادة (١٧٧٤).

بقوله (لوارثه) في هذه المادة إشارة إلى ثلاث مسائل.

المسألة الأولى: لا يجوز إعطاؤها لمن لم يكن وارثاً. ولو كان المتوفي أمر المستودع بذلك. بناءً عليه إذا كان المودع أمر المستودع بإعطاء الوديعة لشخص ليس وارثاً وأعطاها المستودع بعد وفاة المودع لذلك الشخص بناءً على الأمر المذكور يضمن. لأنه بوفاة المودع تبطل وكالة ذلك الشخص بقبضه الوديعة ويصبح أمر المودع كأن لم يكن. راجع المادة (١٥٢٦).

تعبير (لوارثه) ليس لأجل الاحتراز من وصيّ المتوفي أو داينه. راجع شرح المادة (٧٩٣) (تكملة رد المحتار).

المسألة الثانية: يشير إلى أنه وارث واحد. أما إذا كان الوارث متعدداً فلا يجوز تسليم الوديعة إلى واحد منهم فقط يعني إلى بعضهم. وإذا سلمت وتلفت فلبقية الورثة الحق يضمنوا حصتهم المستودع إن لم يُجِزْ التسليم المذكور.

فبناءً عليه إذا كانت الوديعة قابلة للقسمة وكان الوارث عبارة عن ولديه مثلاً وجب إعطاء نصفها إلى أحد الولدين والنصف الآخر إلى الثاني. وإن كانت غير قابلة للقسمة لزوم تسليمها إلى الإثنين معاً. راجع المادة (٧٩٦).

حتى إذا أودع شخص عند آخر مالاً وقال له ادفعه لابني عند وفاتي ثم توفي ذلك الشخص فأعطاه لابنه فإن كان له ابن آخر ضمن حصته: لأن الوديعة كما ذكر آنفاً تكون موروثة لجميع الورثة بعد وفاة المودع ولا يجوز إعطاؤها لبعضهم. ولو كان المودع أمر بذلك (علي أفندي).

المسألة الثالثة: لا يجوز إعطاء الوديعة إلى بيت المال. فبناءً عليه إذا توفي المودع وكانت ورثته في

ديار أخرى وقبض أمين بيت المال تركته فإن أعطى المستودع الوديعة إلى الابن المرقوم ولم يجز بقية الورثة ذلك عند حضورهم فلهم أن يضمنوها للمستودع.

مستثنى: يستثنى مسألة من لزوم دفع الوديعة إلى الوارث وهي: إذا أودع شخص عند آخر صكاً ينطق بأن لذلك الشخص دين كذا قرشاً بذمة ذلك الآخر ثم توفي المودع وعلم المستودع أن مقداراً من المبلغ المذكور قد أوفى فله أن يحبس ذلك الصك أبداً إلى حين أن يقر الوارث بالقبض المذكور. لأنه لو سلم الصك إلى الوارث المذكور لألحق ضرراً بالمدين. والضرر ممنوع بحكم المادة (١٧) الدر المختار (وتكملة رد المحتار).

وأما إذا كانت التركة مستغرقة بالدين يراجع الحاكم وتعطى الوديعة بأمره إلى الجهة التي تقتضي إعطاؤها وإذا أعطاها المستودع إلى الوارث بدون أمر الحاكم واستهلكها الوارث يكون المستودع ضامناً للغرماء. لأن الدين مقدم على الإرث فقد تعلق حق الغرماء بالوديعة (الهندية).

ويستثنى ما إذا كان الوارث المرقوم أميناً فله أن يأخذ الوديعة ويفي الدين.

(إذا استهلكها). لأنه إذا كانت الوديعة موجودة عيناً بيد الوارث يستردها الغرماء عيناً.
كما أنه متى كانت تركة الابن المتوفي مستغرقة بالدين فلا يبرأ المدين إذا أعطى دينه للوارث (تكملة رد المحتار).

(للوارث) ليس لأجل الاحتراز من بعض الدائنين. لأنه حينما كانت التركة مستغرقة بالدين فليس للمستودع أن يعطيها لبعض الدائنين. أيضاً فإن فعل ضمن حصة الآخرين. لأنه ليس لبعض الدائنين في التركة المستغرقة رجحان على البعض الآخر ويجب أن يكون كل داين ذا حصة من تركة المدين بنسبة مطلوبه.

إلا أن قيد (للوارث) هو لأجل الاحتراز من الوصي. لأنه إذا كان في التركة دين فللمستودع أن يعطي الوديعة إلى الوصي. فبناءً عليه إذا ادعى أنه أعطاها إلى الوصي يقبل قوله مع اليمين بحكم المادة (١٧٧٤).

كما لو لم يكن للمتوفي وارث معلوم في الظاهر وقبض أمين بيت المال تركته يجوز للمستودع والحالة هذه أن يسلم الوديعة إلى الابن المرقوم بأمر الحاكم. فإن ظهر وارث المودع بعد ذلك فليس للوارث المرقوم أن يطلب الوديعة من المستودع بل يأخذها من أمين بيت المال.

ولزم مراجعة الحاكم في إعادة الوديعة يكون في الصورة التي تكون التركة مستغرقة بالدين. وأما إذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين، يعني اذا كان للتركة مال آخر يكفي للدين بقطع النظر عن الوديعة لا يلزم الضمان بإعطائها للوارث.

حكم مستودع الغاصب: إذا أعاد مستودع الغاصب الوديعة عيناً يبرأ. ولا يبقى مسؤولاً تجاه صاحب المال أو وارثه بعد وفاته يعني أنه لا ضمان عليه (الدر المختار وتكملة رد المحتار).

﴿المادة ٨٠٣﴾ الوديعة إذا لزم ضمانها فإن كانت من المثليات تضمن بمثلها وإن كانت من القيميات تضمن بقيمتها يوم وقوع الشيء الموجب للضمان.

تشتمل هذه المادة على حكمين:

الحكم الأول: يلزم مثل الوديعة إذا كانت من المثليات فعليه لو استهلك المستودع الحنطة المودعة عنده في وقت غلاء وأراد أن يؤدي مثلها إلى صاحبها وقت الرخاء فطلب المودع قيمتها يوم الاستهلاك فالقاضي لا يحكم بقيمتها وقت الاستهلاك بل يحكم بإداء مثلها.

وسيوضح في شرح المادة ٨٩١ سبب لزوم مثل الوديعة التي تكون من المثليات.

الحكم الثاني: إذا كانت الوديعة من القيميات لزمت قيمتها يوم لزوم الضمان. لأنه لما كان يوم وقوع الشيء الموجب للضمان هو زمان الغصب فتلزم قيمة المغصوب في الوقت المذكور كما هو مبين في الفقرة الأخيرة من المادة (٨٩١). ومسألة هذه المادة العمومية هي المادة (٨٩١) كذلك إذا لزم تضمين نقصان قيمة الوديعة فتلزم قيمة النقصان يوم وقوع الشيء الذي أوجب الضمان.

وسيوضح في الأمثلة الآتية لزوم ضمان قيمة الوديعة التي من الأموال القيمية يوم وقوع الشيء الموجب للضمان فلو لزم الضمان لوفاة المستودع مجهلاً الوديعة فيلزم إعطاء قيمتها يوم الوفاة.

كذلك لو استعمل المستودع الوديعة شهراً بلا إذن وتلفت لزمت قيمتها في ابتداء استعمالها. ولو نزلت قيمتها في اليوم الثاني أو العاشر بتراجع الأسعار فيقتضي قيمتها في ابتداء استعمالها أيضاً.

كذلك لو أثبت المودع الإيداع وقيمة الوديعة وقت الإنكار بسبب إنكار المستودع للوديعة يحكم على المستودع بالقيمة المذكورة أما إذا لم تعلم الشهود قيمة الوديعة فيحكم على المستودع بقيمة الوديعة يوم الإنكار التي يقربها المستودع (تعليقات ابن عابدين على البحر) ويحلف المستودع بالطلب على أن قيمتها لا تزيد عن ذلك.

قيمة سند الدين ودفتر الحساب: إن قيمة دفتر الحساب وسند الدين هي قيمة ذلك الورق مكتوباً لا ما يحتويه الدفتر أو السند من المبالغ.

مثلاً لو أودع شخص سنداً معنوناً ومرسوماً مشعراً بماله في ذمة آخر من الدين واستهلكه ذلك الشخص فيلزم ضمان ذلك السند مكتوباً مهما كانت قيمته ولا يلزمه ضمان المبلغ الذي يحتويه السند (فيضيه) لأن الإتلاف والاستهلاك قد صادف الورق لا المبلغ الذي يحتويه. ولا يسقط الدين بضياع سند الدين.

أما إذا عجز الدائن عن إثبات الدين وحلف المديون اليمين وتلف الدين على هذه الصورة فيضاف هذا التلف على إنكار المديون وحلفه اليمين[1].

(١) أي أنه ليس للدائن مطالبة المستودع بضمان قيمة الدين الذي يحتويه السند ما لم يدع الدائن الدين وينكر المدين ويعجز الدائن عن إثبات دينه ويحلف المدين.

خاتمة

تحتوي على مبحثين

المبحث الأول

في نزاع شخصين في وديعة واحدة

المسألة الأولى ـ لو ادعى كل واحد من رجلين بأن المائة دينار التي في يد فلان هي له وأنه أودعه اياها وحده وأنكر من في يده المال أنها لأحدهما يحلف على ذلك. والقاضي مخير في البدء باليمين إلا أنه إذا اختلف الإثنان على البدء باليمين فعلى القاضي أن يعين ذلك؛ فإذا نكل ذلك الشخص عن حلف اليمين الذي كلف بحلفه من الإثنين فتصبح المائة دينار مشتركة بين المدعيين ويجب على ذلك الشخص أن يؤدي لهما مائة دينار أخرى ويأخذ كل منهما مائة دينار لأنه لا يوجد سبب مرجح للحكم لأحدهما أما إذا حلف ذلك الشخص اليمين للإثنين فليس لهما أن يأخذا منه شيئاً لعدم وجود الحجة وأما إذا حلف لأحدهما ونكل عن الحلف للآخر فيحكم عليه بما نكل ولا يحكم عليه بالشيء الذي حلف عليه لأن الحجة كانت لأحدهما ولم تكن للآخر.

المسألة الثانية ـ إذا أريد تكليف اليمين لأجل الإثنين حسب المسألة الآنفة فإذا نكل عن اليمين حينما كلف للحلف لأحدهما فيجب عدم التعجيل بالحكم ويجب تحليفه للآخر حتى إذا حكم القاضي عليه لنكوله عن حلف اليمين لأحدهما قبل تكليفه الحلف للآخر فلا ينفذ حكمه.

المسألة الثالثة ـ لو قال المدعي عليه قد أودع أحدكما المبلغ المذكور ولكن لا أعلم أيكما المودع فللمدعيين أخذ المبلغ المذكور إذا اتفقا بينهما ولا يلزم للمدعي عليه الضمان الذي لزمه في المسألة الأولى. ومتى اتفق المدعيان على أخذه على هذا الوجه فليس للمدعي عليه الإمتناع عن تسليمهما اياه. وإذا لم يتفق المدعيان فلكل منهما أن يحلف المدعي عليه على أن المدعى به ليس له وإذا حلف لهما برىء من دعوى الإثنين. وإذا نكل يجري العمل على الوجه المذكور في المسألتين الأولى والثانية (البحر).

المبحث الثاني

في بعض الاختلافات بين المودع والمستودع

المسألة الرابعة ـ لو قال المودع للمستودع إن لي عندك المال الفلاني وديعة وقال له المستودع ان المال المذكور هو ملكي فالقول للمستودع. أنظر المادة (٧٦).

كذلك لو قال أحد لآخر كان لي عندك ألف قرش وديعة واعطيتني اياها فلو قال المقر له لم يكن لك عندي وديعة والدراهم التي أعطيتك اياها هي لي فأعدها إلي فالقول للمقر له.

كذلك لو قال أحد لآخر كنت أعرتك الدابة الفلانية وأعدتها لي بعد الاستعمال وقال له ذلك الشخص إن الدابة المذكورة هي ملكي فالحكم عند الإمامين على المنوال المذكور أي أن القول للمقر له المذكور أي إلى ذلك الشخص. أما عند الإمام فالقول في ذلك للمقر (البزازية).

المسألة الخامسة: لو أثبت المودع ايداعه الوديعة للمستودع بناء على إنكار كون المودع أودعه اياها المستودع بعد ذلك إثبات تلف الوديعة فلا يقبل ذلك منه ويلزم الضمان. سواء أشهدت شهود المستودع على أن تلف الوديعة حصل بعد الجحود أو قبله. أما لو أنكر المستودع قائلاً ليس لك عندي وديعة. أو إن وديعتك لا تلزمني وبعد ذلك لو أقام البينة على تلفها قبل الجحود لزم الضمان أيضاً. أنظر شرح المادة (٧٩٤) (تنوير الأبصار) (والدر المختار وتكملته). وإذا لم تمكنه إقامة البينة على تلفه قبل الجحود وطلب المودع اليمين فله تحليفه على أنه لا يعلم بكونه تلف قبل الجحود. إلا أن الشهود الذين أقامهم المودع بعد إنكار المستودع بقوله ليس لك عندي وديعة فلو شهدوا على التلف مطلقاً ولم يشهدوا على كونه قد تلف قبل الجحود يلزم الضمان.

المسألة السادسة ـ لو قال المستودع للمودع لم أعطك الوديعة لأنها ضاعت بعد أن قال له أعطيتك اياها لزم الضمان كما لو قال بعد قوله ضاعت رددتها ولكن قد أخطأت في قولي ضاعت فيلزم الضمان أيضاً.

المسألة السابعة ـ لو قال المستودع أخذت منك ألف قرش وديعة وتلفت في يدي بلا تعد ولا تقصير وقال له المودع انك لم تأخذ الألف وديعة بل اغتصبه اغتصاباً واختلفا على هذه الصورة ضمن المستودع أما لو قال المستودع أعطيتني ألف قرش وديعة وضاعت على الوجه المذكور وقال المودع بل اغتصبته واختلفا على هذه الصورة فلا يلزم المستودع ضمان.

كذلك لو قال إن ما أعطيته من النقود قد كان وديعة وفقد بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم ضمان وقال المودع قد كان قرضاً فيلزم الضمان.

المسألة الثامنة ـ لو أعطى أحد آخر ألف قرش قرضاً وألفاً آخر وديعة فقال المستودع للمودع قد كانت الألف التي أعطيتك اياها في مقابل دينك وضاعت الوديعة فالقول مع اليمين للمستودع.

والله سبحانه وتعالى أعلم.

الباب الثالث

في العارية ويشتمل على فصلين

قد جيء بالعارية والوديعة في كتاب واحد إذ بينهما اشتراك من حيث إنهما أمانة وقد أخرت العارية عن الوديعة لأن في العارية تمليكاً أي تمليك النفع وإيداعاً وليس في الوديعة إلا الإيداع ولا يوجد فيها تمليك لذلك كانت الوديعة مفردة والعارية مركبة. وعليه فيوجد في هذه المعاملة ترق من الأدنى إلى الأعلى فأول الغيث قطرة ثم ينهمر (البحر، وتكملة رد المحتار).

أدلة مشروعية العارية: مشروعية العارية ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة (الطحطاوي) وقد ورد في الكتاب الكريم آية **﴿ويمنعون الماعون﴾** وقد فسرت هذه الآية بـ «ويمنعون ما يتعاورون».
ومعنى التعاور التناوب في الانتفاع.

وعليه فبما أن العارية هي تناوب في الإنتفاع فلا تجوز الإعارة في الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها بدون استهلاك العين كالمكيلات والموزونات. ويفهم من ذم الله تعالى منع الماعون أي ذمه عدم الإعارة إن الإعارة محمودة.

ومحاسن الإعارة، هي نيابة عن الله تعالى في إجابة المضطر. لأن الإعارة كالقرض لا تكون إلا للمحتاج. فبناءً عليه ثواب الصدقة الحسنة بعشرة لقوله تعالى **﴿من جاء بالحسنة فله عشر أمثالها﴾** فثواب القرض الحسنة بثمانية عشر. يعني أن الإعارة تكون للمضطر وبما أن المعير بإعارته للمستعير يكون قد أعان المضطر فيكون في إعانته هذه كأنه قد ناب عن الله تعالى ولكن بما أن فعل المعير من الله تعالى فلا نيابة في الحقيقة (البحر وتكملة رد المحتار).

(والسنة) فعل الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم في ذلك اذ استعار فرساً من ابي طلحة وركبه وقد اتفقت الأمة على جواز الاعارة إلا أن أكثر العلماء قد قالوا بكونها مستحبة وذهب البعض منهم إلى انها واجبة (رد المحتار).

والعارية بتشديد الياء وفتح العين قال الأزهري نسبة إلى العارة وهي اسم من الإعارة يقال أعرته الشيء إعارة وعارة.

لأن الاستعارة صادرة من النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم وهو مبين آنفاً والنبي كان لا يرتكب ما يوجب العار من الأفعال وهو في علو مقامه أرفع من أن يأتي الأفعال التي تنسب إلى العار.
وقراءة لفظ العارية مخففاً جائز أيضاً كما ذكره الجوهري (الدر المختار، ورد المحتار).

الفصل الأول

في بيان المسائل المتعلقة بعقد الإعارة وشروطها

للإعارة أربعة أركان: (١) الصيغة (٢) المعير (٣) المستعير (٤) المعار.

الأنواع الأربعة لشروط الإعارة:

إن شروط الإعارة أربعة أنواع: أولها تعود إلى المستعار وثانيها إلى المعير وثالثها إلى المستعير ورابعها إلى القبض. وعليه فقد ذكر النوع الأول في المادتين (٨٠٨ و٨١٨) والثالث في المادة (٨٠٩) والرابع في المادة (٨١٠).

ولما كانت المادتان (٨٠٦ و٨٠٧) ليستا من المسائل الداخلة تحت هذا العنوان فقد كان الأنسب أن تأتي تحت عنوان الفصل الثاني.

﴿المادة ٨٠٤﴾ الإعارة تنعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي مثلاً لو قال شخص لآخر اعرتك مالي هذا أو قال أعطيتك اياه عارية فقال الآخر قبلت أو قبضه ولم يقل شيئاً أو قال رجل لإنسان أعطني هذا المال عارية فأعطاه اياه انعقدت الإعارة.

وقد مر في شرح المادتين (١٠١ و١٠٢) ما يدل على أن مفهوم من المادتين يقتضي أن يكون الإيجاب والقبول بألفاظ خاصة. بناءً عليه فذكر كلمة الإيجاب والقبول والتعاطي في هذه المادة لا يكون مستدركاً وحينئذ يكون ركن الإعارة عبارة عن الإيجاب والقبول والتعاطي. أنظر المادة (١٤٩).

الأحكام المستفادة: ويستفاد ثلاثة أحكام بذكر كون الإعارة تنعقد بالإيجاب والقبول في هذه المادة.

الحكم الأول، لا تنعقد الإعارة بلا إيجاب ولا قبول.

وعليه لو أرسل أحد رسولاً لآخر لاستعارة مال منه فذهب إليه الرسول ولما لم يجده في بيته استعار ما جاء لاستعارته وقفل إلى مرسله وسلمه ذلك المال ولم يقل شيئاً وتلف ذلك المال في يد المستعير فصاحب المال مخير إن شاء ضمن الرسول وإن شاء ضمن الرجل الذي قبض المال من الرسول وأي منهما ضمن ليس له الرجوع على الآخر. أنظر مادتي (٨٩١) و (٦٥٨) وشرحها.

الحكم الثاني، لا تنعقد الإعارة بالإيجاب فقط. ولو كان الموجب هو المعير. ويشترط استماع المستعير لإعارته المال.

وعليه لو قال أحد أعرت فلاناً دابتي هذه أو ثوبي هذا ولم يكن ذلك الشخص حاضراً يسمع كلام المعير وأخذ تلك الدابة أو ذلك الثوب وتلف في يده ضمن لأن الإستماع شرط في الإيجاب والقبول كما صار بيانه في المادة (١٦٧).

أما لو استمع المستعير أو رسوله كلام المعير أو فضولي عدل وأخبرا المستعير به وأخذ المستعير المال بعد ذلك فلا يلزمه ضمان (تكملة رد المحتار). لأن الأخذ بعد ذلك قبول فعلاً:

الحكم الثالث، لا تنعقد الإعارة بلا إيجاب أيضاً.

وعليه لو قال أحد لآخر من غير سبق الإستعارة خذ دابتي هذه واستخدمها واستعملها وأخذها فلا يكون ذلك عارية بل عقد وديعة وتكون نفقة الدابة على صاحبها لإعطاء المودع المستودع الإذن بالإنتفاع بها (البحر وتكملة رد المحتار). ولا تكون من قبيل ما جاء في المادة (٨١٥).

١ ـ مثلاً لو قال شخص لآخر أعرتك مالي هذا أو قال أعطيتك اياه عارية أو قال ملكتك منفعة مالي هذا بلا عوض فقال الآخر قبلت؛ أو قبضه ولم يقل شيئاً؛ أو قال رجل لإنسان أعطني هذا المال عارية فأعطاه اياه وقبضه المستعير أيضاً انعقدت الإعارة.

الأحكام المستفادة:

يستفاد من هذا المثال ست مسائل.

المسألة الأولى، قد تبين بقوله (مثلاً) إن عقد العارية لا ينحصر بهذه الألفاظ.

وعليه لو قال أحد لآخر قد أقرضتك هذه الدابة على أن تستعملها وقبل الآخر ذلك فتكون هذه المعاملة عارية لا قرضاً فاسداً. لأن القرض الفاسد هو أخذ الدابة على أن ينتفع بها باستهلاكها ثم بعد ذلك يرد مثلها. أما هذه في الصورة فهي مضمونة بقيمتها (البحر).

وكما تنعقد الإعارة بقول أحد لآخر أقرضتك ثوبي لتلبسه يوماً واحداً أو أقرضتك داري لتسكنها سنة وقبول الآخر تنعقد أيضاً بقول المعير أعطيتك دابتي هذه على أن تستعملها وتعلفها (تكملة رد المحتار).

بيد أنه في انعقاد الإعارة بلفظ الإجارة قولان فعلى القول الأول تنعقد بلفظ الإجارة.

مثلاً لو قال أحد لآخر اجرتك داري هذه لمدة شهر مجاناً أو قال له آجرتك داري هذه مجاناً بدون لفظ (شهر) فتنعقد الإعارة بذلك على هذا القول. أنظر المادة (٣) وشرحها.

أما على القول الثاني فلا تنعقد الإعارة بلفظ الإجارة وإنما ينعقد باللفظ المذكور إجارة فاسدة ويفهم من ظاهر الهندية أنها اعتمدت القول الثاني (تكملة رد المحتار) أنظر شرح المادة (٤٠٥).

المسألة الثانية، كما يكون الإيجاب من المعير والقبول من المستعير يكون بالعكس أيضاً أن يكون الإيجاب من المستعير والقبول من المعير كما في البيع والإجار وقد مر بيانه في موضعه.

المسألة الثالثة: للعارية ثلاثة أركان. أولها، الإيجاب والقبول اللفظيان والقوليان.

ثانيها، كون الإيجاب قولياً والآخر فعلياً أو بالعكس.

ثالثها، كون الإيجاب والقبول فعليين. والصورة الثالثة من هذه الصورة فقط تكون تعاطياً أما الصورة الأولى والثانية فلا تكون تعاطياً.

وعليه فكما يكون قبول المستعير أو المعير قولاً يكون فعلاً أيضاً. كأن يقول المعير للمستعير قد أعرتك مالي هذا فيقبض المستعير المستعار أو يقول المستعير للمعير قد استعرت منك هذا المال يسلمه المعير له بناءً على ذلك والفقرة الأولى من مثال المجلة مثال للإيجاب والقبول اللفظيين والقوليين والفقرة الثانية مثال للإيجاب والقبول الفعليين.

وهل يوجد في هذه المادة مثال للتعاطي؟.

والتعاطي، من باب المفاعلة يعني مأخوذ من المعاطاة أي التناول. ويحصل بإعطائه من طرف وقبضه من الجانب الآخر. فبناءً عليه لو أوجب طرف قولاً وقبل الجانب الآخر فعلاً أي بالقبض فلا يعد ذلك تعاطياً. كذلك يفهم من المادة (١٧٥). وعليه فليست فقرة (أو قبضه ولم يقل شيئاً) مثالاً للتعاطي لكن قد يقال أن في جملة (أو قال رجل لإنسان... ألخ) التي تليها مثال للتعاطي.

وتدل عبارة (فأعطاه الآخر اياه أيضاً) الواردة في المثال على الإعطاء من طرف واحد ويعتبر بعد هذه العبارة أن لفظ (وقبض المستعير) مقدر وعليه فتنعقد الإعارة بالتعاطي بإعطاء المعير المال وقبض المستعير ذلك المال. ولذلك فعبارة إعطني هذا المال عارية الواردة في المجلة قرينة دالة على كون الإعطاء على سبيل العارية. لأن الإعطاء قد يكون على سبيل الهبة ولكن لما كانت هي الأعلى والإعارة هي الأدنى فما لم يكن دليلاً الأعلى يصرف إلى الأدنى.

المسألة الرابعة: لا تنعقد العارية بالوعد.

بناءً عليه لو قال أحد لآخر أعرني هذه الدابة للغد فقال له صاحب الدابة أعيرك اياها غدا فذهب إليه في الغد وأخذ الدابة بلا إذن عد غاصباً. لأن الإعارة في هذه المسألة لم تنعقد وإنما كانت عبارة عن وعد مجرد.

لكن لو استعار أحد من آخر دابة للغد وأعاره اياها فجاء في ذلك اليوم وأخذ الدابة تحت الإعارة لأن الإعارة في هذه المسألة قد انعقدت في هذا اليوم للغد.

المسألة الخامسة: إن جهالة المنافع المملكة لا تفسد الإعارة. وعلى ذلك فجهالة المنافع في الإعارة ليست باعثة على النزاع وكل جهالة لا تبعث على النزاع لا توجب فساد العقد. وعدم صيرورة هذه الحالة باعثة على النزاع ناشىء عن كون الإعارة عقداً غير لازم فللمعير في أي وقت أراد فسخ عقد الإعارة واسترداد المعار إذا لم يَرْضَ باستيفاء المستعير للمنفعة الذي بدأ بالانتفاع منها إلا أنه لما كانت عقود المعاوضة لازمة فالجهالة فيها باعثة للنزاع كعقدي البيع والإجارة (الزيلعي).

المسألة السادسة: ويستفاد (من تعبير مالي هذا الوارد) في المثال أن معلومية عين المستعار شرط في صحة الإعارة أنظر مادة (٨١١) المسألة السابعة وتدل كلمة (مالي) أنه يشترط أن يكون المستعار ملكاً للمعير لأن الإعارة تمليك المنفعة والتمليك إنما يكون من المالك (تكملة رد المحتار، بحر).

وعليه فليس للزوجة كما هو مذكور في المادة (٨٢٢) أن تعير فرس زوجها بلا إذنه لأحد وكذلك إذا ظهر أن المال المستعار مال مغصوب فلصاحب المال إذا شاء تضمين المعير وإذا شاء تضمين المستعير وذلك كما سيوضح في شرح المادة (٨١٣).

إلا أنه لا يشترط أن يكون المعير مالكاً لرقبة المستعار ويكفي في صحة الإعارة أن يكون المعير مالكاً لمنفعته.

وعليه فكما أن للمستأجر أن يعير آخر المأجور الذي لا يختلف باختلاف المستعملين فللمستعير أيضاً على ما جاء في المادتين (٨١٩، ٨٢٠) أن يعير المستعار لآخر.

﴿المادة ٨٠٥﴾ «سكوت المعير لا يعد قبولاً فلو طلب شخص من آخر إعارة شيء فسكت صاحب ذلك الشيء ثم أخذه المستعير كان غاصباً».

لا يعد سكون المعير قبولاً لإيجاب المستعير (البحر) يعني لا تنعقد الإعارة لو سكت المعير على إيجاب المستعير. لأن الإعارة كما صار بيانها في المادة السابقة تنعقد بالإيجاب والقبول والتعاطي والسكوت ليس واحداً منهما. وقد جاء في المادة (٦٧) أيضاً أنه لا ينسب إلى ساكت قول.

فلو طلب شخص من آخر إعارة شيء معلوم فسكت صاحب ذلك الشيء. ثم أخذ المستعير ذلك الشيء كان غاصباً وعليه لو تلف ذلك الشيء في يده بلا تعد ولا تقصير أو بتعد وتقصير يضمن (أنظر المادة ٨٩١).

﴿المادة ٨٠٦﴾ للمعير أن يرجع عن الإعارة متى شاء

ليست العارية عقداً لازماً وإنما هي من التبرعات.

بناءً عليه لكل من الطرفين حق فسخ الإعارة (أنظر شرح المادة ١١٤) مسائل متفرعة عن ذلك.

أولاً ـ للمعير أن يرجع عن الإعارة متى شاء ويسترد المعار ولو لم يستعمل المستعير العارية سواء أكانت الإعارة مؤقتة أم مقيدة أم لم تكن (تكملة رد المحتار).

وسواء كان المستعار عرصة أو مزرعة أعيرت للبناء أو الزرع وسواء أكان خلافهما أو كان في رجوع المعير عن العارية ضرر بين في حق المستعير أو لم يكن.

ويفهم مما سيأتي من الإيضاحات في شرح المادة (٨٣٢) أنه ليس لهذه المادة مستثنى ويثبت جواز الرجوع عن العارية على نوعين.

أولهما ـ الدليل الشرعي وقد جاء في الحديث الشريف أن (المنحة مردو ة والعارية مؤداة) (العناية). ثانيهما الدليل العقلي. وهو أنه لما كانت المنافع تحدث شيئاً فشيئاً والملك في المنافع المذكورة يثبت بحدوث المنافع «لأن ثبوت الملك في المعدوم مستحيل» فالرجوع عن الإعارة أي الامتناع عن تمليك المنافع التي لم تثبت بعد عائد للمعير أي من صلاحيته «زيلعي». حتى إنه قد كان من الواجب جواز الرجوع والفسخ في الإجارة وقد جاء في شرح المادة «٤٠٦» سؤال وجواب في ذلك.

كراهة الرجوع عن الإعارة: الرجوع في الإعارة وإن كان جائزاً إلا أنه إذا كانت الإعارة مؤقتة الرجوع عنها قبل تمام الوقت خلف وعد فهو مكروه «تكملة رد المحتار».

إذا حصل رجوع عن الإعارة بطلت وانفسخت فالمادة «٨٢٥» مع الفقرة الثانية للمادة «٨٣١» فرع عن هذه المادة.

ولو رجع المعير عن الإعارة بعد إنشاء المستعير في الدار المعارة حائطاً مثلاً بلا إذنه فليس أن يطالب المعير بنفقات العمارة وليس له أن يهدم الحائط إن كان البناء من تراب الأرض «بحر».

ثانياً ـ لو استعار أحد داراً وأذن له المعير أن ينشىء لنفسه بناءً ثم بعد ذلك لو باع المعير الدار بجميع حقوقها فيلزم هدم بناء المستعير. ولو فرط في الرد بعد الطلب وهو مقتدر عليه كان ضامناً.

ثالثاً ـ لو باع أحد داره بعد أن أعار حائطها لآخر ليضع عليه الجذوع فللمشتري رفع جذوع ذلك المستعير، ما لم يكن البائع قد شرط حين البيع بقاء وقرار الجذوع المذكورة. وحينئذ فليس له ذلك (تكملة رد المحتار). أما لو اشترط المستعير وقت البيع بقاءها فلا يكون هذا الشرط معتبراً.

رابعاً ـ لو أعار أحد آخر حيطان داره لوضع الجذوع وتوفي المعير بعد أن وضع المستعير الجذوع على الحيطان فلوارث المعير طلب رفعها ولو شرط عند وضع الجذوع قرارها وبقاؤها. وعليه فهناك فرق بين البيع مع شرط القرار والإرث معه (الدر المختار، وتكملة رد المحتار).

خامساً ـ لو أعار شخص أحد ورثته عرصته ليبني فيها لنفسه بناءً على هذا الوجه المذكور وتوفي المعير بعد أن أقام الوارث فيها بناءً، فلباقي الورثة أن يطلبوا رفع البناء المذكور. إلا إذا اقتسم الورثة التركة وكانت العرصة من نصيب الباني.

سادساً ـ لو استعار أحداً داراً وبنى فيها بناء لنفسه بلا إذن المالك أو بإذنه ثم باع المعير الدار فيجبر المستعير على هدم البناء وأن يرد الدار إلى المشتري.

سابعاً ـ لو أذن صاحب الأرض الأميرية لآخر في البناء فيها ثم رجع قبل أن يبني المأذون فيها عن إذنه فله أن يمنعه عن إنشاء ذلك البناء.

ثامناً ـ للمستعير أيضاً أن يفسخ عقد الإعارة. فبناءً عليه ليس تعبير (المعير) في هذه المادة بقيد احترازي. إذ للمسعير بعد أن يبني في العرصة أن يقلع البناء في أي وقت أراد. سواء أكانت الإعارة

موقتة أم لا فللمستعير في هذه الحال أيضاً أن يفسخ عقد الإعارة.

وكذلك لو اتفق المعير والمستعير على فسخ الإعارة تفسخ. وانفساخ الإعارة على ثلاثة أوجه: فعلى ذلك تنفسخ الإعارة على ثلاثة أوجه.

«١» بفسخ المعير فقط «٢» بفسخ المستعير فقط «٣» باتفاق المعير والمستعير على الفسخ (رد المحتار) بناء عليه فالعارية في هذه المسألة كالوديعة أيضاً (أنظر المادة ٨٧٤).

المسألة التي تلزم فيها العارية: تلزم العارية بالوصية فلو أوصى أحد بإعارة شيء وقبلها الموصى له بعد موت الموصي فليس لورثة المعير الرجوع على الموصي له لذا كان ثلث مال الميت يقوم بالمعار سواء أكانت العارية مطلقة أو مقيدة (تكملة رد المحتار).

﴿المادة ٨٠٧﴾ تنفسخ الإعارة بموت أي واحد من المعير والمستعير.

تنفسخ الإعارة بوفاة أحد العاقدين بخلاف البيع والهبة والصدقة وما إليها من التصرفات فلا تنفسخ بوفاة أحدهما أو السبب في انفساخ الإعارة هو كما يلي.

لما كان المعدوم ليس محلاً للملك كما هو مبين في شرح المادة الآنفة فثبوت ملك المستعير في المنافع التي تملك له يحصل بوجود تلك المنافع ولا ملك قبل الوجود. ولو خرج المستعير عن أهلية الملك بوفاته قبل وجود المنافع الآتية تنفسخ الإعارة في المنافع الآتية كذلك لو توفي المعير قبل وجود المنافع الآتية وانتقل المستعار إلى ورثته فلا يبقى حكم للإعارة لكون الورثة لم يكونوا معيرين.

مسائل متفرعة عن إنفساخ الإعارة.

تتفرع المسألتان الآتيان على انفساخ الإعارة بوفاة أحد الطرفين.

المسألة الأولى: إذا توفي المعير فليس للمستعير الانتفاع بالعارية بعد وفاته وإن انتفع كان غاصباً أنظر المادة (٩٦).

المسألة الثانية: إذا توفي المستعير فليس لوارثه أن يستعمل المستعار لأن المستعير يعر المستعار إلى الوارث فاستعمال الوارث المذكور اياه بلا إذن في حكم الغصب ولذا لو استعمله على هذه الصورة وتلف ضمن (تكملة رد المحتار).

كذلك لو توفي المعير والمستعير معاً أو توفي الواحد منهما عقب الآخر تنفسخ الإعارة كما يستفاد من هذه المادة.

تجهيل العارية، لما كانت العارية تنفسخ بوفاة المعير حسب ما هو مشروح فإذا لم توجد العارية في تركة المستعير أي لو توفي المستعير مجهلاً لزم ضمانها من تركته كما في الوديعة أنظر المادة (٨٠١) وشرحها.

فعليه لو استعار أحد سيفاً وتوفي بعد ذلك مجهلاً أي بدون أن يبين حال السيف وقال الورثة أنهم لا يعلمون شيئاً عنه فتؤخذ قيمته من تركة المتوفي.

﴿المادة ٨٠٨﴾ يشترط أن يكون الشيء المستعار صالحاً للانتفاع به بناءً عليه لا تصح إعارة الحيوان الفار ولا استعارته.

يشترط:

١ ـ أن يكون الشيء المستعار صالحاً للانتفاع به بدون استهلاك عينه.
٢ ـ ألا يشترط العوض في عقد العارية.
٣ ـ ألا يكون المستعار صبياً تحت الوصاية.

ويحصل، بعبارة «كون المستعار صالحاً للانتفاع» ضابط للمستعار. وعليه تجوز إعارة كل شيء صالح للانتفاع مع بقاء العين.

أما إذا كان الانتفاع موقوفاً على ذهاب العين فلا تكون هذه الإعارة صحيحة فبناء عليه لا تصح إعارة الشمعة للوقود، والأطعمة للأكل، والصابون للغسل لأن الانتفاع بهذه الأشياء يحصل بذهاب العين (الباجوري).

إيضاح القيود (١) قيل بدون استهلاك بناء عليه فكما لا تصح إعارة واستعارة الدراهم والدنانير والشعير والحنطة والعدديات المتفاوتة التي يتوقف الانتفاع بها على استهلاك العين فلا تصح أيضاً إعارة الحيوان الفار ولا استعارته. يعني تكون باطلة. حتى لو أمسك المستعير الحيوان الفار فليس للمعير أن يطالبه بالضمان بداعي أنه لم يحافظ عليه وضاع من جراء ذلك.

إعارة المثليات قرض:

وتستعمل إعارة الدراهم والدنانير والجوز والبيض وسائر المثليات واستعارتها عند الإطلاق بمعنى القرض.

ووجه الارتباط بين القرض والعارية هو أن كلاً من العقدين عقد تبرع فلكل من العاقدين فيهما حق الرجوع عنه (تكملة رد المحتار) أنظر المادة «٦١».

وعليه لو قال أحد لآخر أعرتك شعيري هذا البالغ قدره كذا كيلة كان قرضاً أنظر المادة «٢».

والسبب في حمل إعارة هذه الأشياء على القرض: هو أن إعارتها إذن بالانتفاع بها والانتفاع بها إنما يكون باستهلاك أعيانها. والاستهلاك يتوقف على الملك فيقتضي بالضرورة تمليك العين. وتمليك العين كما أنه يكون بالهبة يكون أيضاً بالقرض والواقع أن القرض أدنى من الهبة في الضرر لأن القرض يستلزم رد مثله وهذا المثل يقوم مقام العين التي صار إقراضها (تكملة رد المحتار) إستثناء وإن يكن إعارة المثليات

تعتبر قرضاً على الوجه المشروح إلا أنه إذا بين فيها منفعة للاستعمال مع بقاء العين فيكون العقد في ذلك عارية بلا اشتباه لأنه يمكن في تلك الحالة العمل بالإعارة التي هي تمليك للمنفعة مع بقاء العين إذ لا يذهب إلى المجاز مع إمكان حمل الكلام على الحقيقة أنظر المادة ١٧ .

مثلاً لو استعار أحد ديناراً ليزن به دنانيره أو استعار أموالاً ليزين بها حانوته فيكون ذلك عارية حقيقية فليس للمستعير استهلاكها والانتفاع بها بصورة غير الصورة المعينة (تكملة رد المحتار).

الإعارة الواردة على استهلاك العارية قرض فاسد:

فلو أعيرت القيمات على أن تستهلك تكون قرضاً مثلاً لو استعار أحد لوحاً من الخشب أو مقداراً من اللبن ليستعملها في بنائه أو استعار قماشاً ليرفع به ثوبه فلا يكون ذلك استعارة حقيقية بل يكون قرضاً وعلى المستقرض أن يضمن بدل القرض أي قيمة المال الذي استهلكه لكن لو استعار ذلك على أن يعيده إلى صاحبه كان ذلك إعارة أيضاً (تكملة رد المحتار).

كذلك لو قال أحد لآخر قد أعرتك هذا الطبق من الحلوى فأخذه الآخر واستهلكه ضمنه ذلك الشخص على أنه قرض ما لم يكن بينهما صداقة وعدم كلفة تدل على الاباحة وفي حالة وجود ذلك يكون هذا العمل اباحة.

٢ ـ قد ذكر أنه يلزم عدم شرط العوض لأنه كما صار إيضاحه في شرح المادة (٧٦٥) أنه إذا شرط العوض في الإعارة فلا تكون إعارة بل تكون إجارة لأن الإجارة تنعقد بلفظ الإعارة (البحر، وتكملة رد المحتار) أنظر المادة (٣).

٣ ـ قيل يشترط ألا يكون المستعار صبياً تحت الوصاية والولاية. لأن التبرع بمنافع الصغير ليس جائزاً (أنظر المادة ٥٨) وذلك كما صار بيانه في المادة «٥٩٩» وشرحها وعليه فليس للأب أن يعير ابنه الصغير لآخر إلا أنه إذا أعير إلى استاذ ليعلمه صنعة فللاستاذ استخدامه «تكملة رد المحتار».

﴿المادة ٨٠٩﴾ يشترط كون المعير والمستعير عاقلين مميزين ولا يشترط كونهما بالغين بناء عليه لا تجوز إعارة واستعارة المجنون ولا الصبي غير المميز وأما الصبي المأذون فتجوز إعارته واستعارته.

يشترط في صحة الإعارة:

١ و ٢ ـ كون المعير والمستعير عاقلين.
٣ ـ كون المستعير معيناً.
٤ ـ كون المعير مالكاً ولو للمنفعة.
٥ ـ كون المعير غير مكره.

كما يشترط ذلك في كل عقد كالبيع والإجارة والإيداع.

أما كون المعير والمستعير بالغين فليس بشرط في صحة الإعارة كما كان الحكم على هذا المنوال في الوديعة أيضاً أنظر المادة (٧٧٦).

بناءً عليه لا تجوز إعارة واستعارة المجنون ولا الصبي غير المميز وهذه الفقرة متفرعة عن الفقرة الأولى من هذه المادة.

كذلك إذا لم يكن المستعير معيناً فلا تصح الإعارة بناءً عليه لو قال المعير خطاباً لشخصين وقد أعرت هذا المال لأحدكما فلا تصح الإعارة «الباجوري». وإذا كان المعير مالكاً لمنفعة المال الذي أعاره صحت الإعارة.

بناءً عليه لو أعار الشخص المنفعة التي أوصى له بها لآخر كانت صحيحة «أنظر المادة ٨٢» وإذا كان المعير مكرهاً فلا تكون الإعارة صحيحة ويكون المستعير غاصباً «الباجوري».

المسائل التي تتفرع عن عدم جواز إعارة واستعارة المحجوزين: لما كانت إعارة هؤلاء غير جائزة فلو استعار أحد من المجنون مالاً وأخذه كان غاصباً وكذلك لما كانت استعارتهم غير جائزة فلو أعار أحد مالاً لمجنون وسلمه اياه ولم يحفظه فضاع فلا يكون المجنون مسؤولاً.

ولو أعار صبي مالاً من صبي آخر وكان المال لشخص آخر وتلف المال في يد الصبي المستعير فإذا كان الصبي الدافع مأذوناً لزمه الضمان ولا يلزم المستعير شيء «أنظر المادة ٩١٦».

أما إذا كان المستعير محجوراً والمعير كذلك محجور فلصاحب المال تضمين أي واحد من الصبيين.

ولو استعار الصبي المحجور مالاً من كبير واستهلكه لا يلزم ضمان كما سيصير إيضاحه في شرح المادة (٩٦٠) أما لو أتلف مال آخر بلا استعارة كان ضامناً. والحكم في الوديعة على هذا المنوال أيضاً كما وضح في شرح المادة (٧٧٦).

الإعارة بالولاية وبالوصاية:

ليس للأب والوصي إعارة مال الصغير لآخر بالولاية بالوصاية لأن هذه الإعارة ليست من التجارة ولا من توابعها وهي تبرع بلا بدل (البحر والدر المختار).

وإن فعل وتلف ضمن. ويلزم المستعير الذي استعمل مال الصغير أجر المثل. وأما الصبي المأذون فتجوز إعارته واستعارته لأن هذه الإعارة والاستعارة من عادات التجار (تكملة رد المحتار) وهذه الفقرة مثال للفقرة الأخيرة من هذه المادة.

وعليه فيترتب على هذه الإعارة والاستعارة ما ذكر من أحكام العارية في هذا الباب أنظر المواد «٩٥٧، ٩٦٦، ٩٦٧».

مثلاً لو استعار صبي من صبي آخر مالاً . فإذا كان المعير مأذوناً وكان ذلك المال له فلا يلزم المستعير ضمان. أما إذا لم يكن ذلك المال للصبي المأذون المعير. ضمن المعير لكن إذا كان المستعير صبياً محجوراً فلا يضمن لأن تلف المعار في يد المستعير كان بتسليط المعير. وإذا كان الصبي محجوراً فلصاحب المال تضمين المعير باعتباره غاصباً وله تضمين المستعير المعير باعتباره غاصب الغاصب «تكملة رد المحتار».

ويفهم من التفصيلات الآنفة أنه ليس لأب الصغير إعارة ما لولده حالة كونه للعيني المأذون أن يعير مال نفسه والسبب في ذلك كون إعارة الصبي المأذون هي من توابع التجارة ومن لوازمها أما اعارة الأب فليست من توابعها بل هي تبرع محض.

إعطاء ولد المستعير الصغير المال المستعار لآخر: لو اعطى ولد المستعير الصغير المحجور المال المستعار الذي في يد المستعير إلى آخر وفقد فالضمان على الولد المرقوم مع المدفوع إليه يعني للمعير أن يضمن أيهما شاء انظر المادة (٩١٠).

﴿المادة ٨١٠﴾ القبض شرط في العارية فلا حكم لها قبل القبض

يشترط في العارية قبض المستعير المستعار بإذن المعير صراحة أو دلالة ولا حكم للعارية قبل القبض. لأن المستعير لا ينتفع بالمستعار قبل قبضه.

والعارية من التبرعات أيضاً ولا تتم إلا بالقبض بمقتضى المادة (٥٧).

الإذن صراحة ، كأن يقول أحد لآخر أعرتك مالي هذا فاقبضه أما الإذن دلالة فهوعبارة عن إيجاب العارية : فإيجاب المعير إذن بالقبض دلالة.

أحكام الإذن صراحة ودلالة.

إذا أعطى الإذن صراحة فللمستعير بلا شك أن يقبض العارية في مجلس العقد (وبعد التفرق على مجلس العارية)ولكن إذا كان الإذن دلالة فهل يتقيد الضبط بمجلس العقد كما تقيدت الهبة في ذلك حسبما ورد في المادة (٨٤٠) أو لا يتقيد: يظهر من المسألة الآتية المذكورة في رد المحتار أن الإذن دلالة في العارية لا يتقيد بمجلس العقد أنظر شرح المادة (٨٠٤) والمسألة هي لو قال شخص لآخر إنني استعرت ثورك غداً فأجابه صاحب الثور أعرتك اياه فذهب المستعير في الغد وقبض الثور صحت الإعارة فعلى ذلك يكون في هذه المسألة فرق بين الهبة والإعارة وفي الواقع أنه يوجد فرق بين الهبة والإعارة إذ أن في الهبة تزول ملكية المالك بالملكية عن الملك وعن المنفعة معاً أما في العارية فتزول المنفعة مؤقتاً كما أنه يوجد فرق آخر بينهما وهو أنه يمكن الرجوع عن الإعارة في كل حال وأما في الهبة فلا يجوز الرجوع عنها في بعض الأحوال.

﴿المادة ٨١١﴾ يلزم تعيين المستعار وبناءً عليه إذا أعار شخص إحدى دابتين بدون تعيين ولا تخيير لا تصح الإعارة بل يلزم أن يعين المعير الدابة التي يريد إعارتها منهما لكن إذا خيره قائلاً خذ أيهما شئت عارية صحت العارية»

يلزم تعيين المستعار أو تخيير المعير المستعير. لأن جهالة عين المستعار تخل بصحة الإعارة.

بناءً عليه تصح الإعارة بدون تعيين الزمان والمنفعة والمنتفع كما يستفاد أيضاً من المادة (٨١٦) مثلاً لو أعار شخص إحدى دابتين بدون تعيين ولا تخيير لا تصح الإعارة بل يلزم أن يعين المعير الدابة التي يريد إعارتها منهما حتى إنه لو أخذ المستعير دابة بناءً على الإعارة الواقعة بلا تعيين ولا تخيير على هذا الوجه يعني مثلاً لو قال المعير إذهب إلى إصطبلي فتجد فيه فرسين فخذ أحدهما وقصد المستعير إلى الإصطبل وأخذ أحد الفرسين كان غاصباً. لكن إذا قال المعير للمستعير خذ أيهما شئت عارية وخيره صحت العارية فلو أخذ المستعير بناءً على هذا التخيير أحد الفرسين المذكورين كان جائزاً ولما لم يكن هذا الأخذ في حكم الغصب فلا يلزم المستعير ضمان فيما لو هلك الفرس المعار في يده قد قصد بفقره (ولكن إذا خيره قائلاً خذ أيهما شئت) بيان المحترز عنه.

في جواز إعارة المشاع.

لا يلزم أن يكون المستعار غير مشاع.

وعليه فأعارة المشاع صحيحة سواء أكانت الإعارة للشريك أو لأجنبي كذلك تجوز إعارة الشيء الواحد لشخصين. مناصفة أو ثلاثاً. وسواء أكانت الإعارة لشخصين محملة كقول المعير أعرتكما مالي هذا أم مفصلة كقوله أعرتك نصف مالي هذا وأعرت هذا لنصف الآخر (تكملة رد المحتار).

وما هو الفرق بين الإجارة والإعارة حتى جازت إعارة المشاع ولم تجز إجارته؟

قد ذكر في المادة (٤٢٩) إن إجارة المشاع لغير الشريك ليست جائزة وعليه يلزمنا ذلك أن نبحث عن الفرق بين الإعارة والإجارة. ولما كانت الإجارة من العقود اللازمة فإذا امتنع المؤجر عن تسليم المستأجر فيجب إجباره على تسليمه. ومتى كان المأجور مشاعاً فيلزم تسليم غير المأجور مع المأجور وهذا غير صحيح أما الإعارة فبما أنها ليست من العقود اللازمة فلو تسلم المعير برضاه غير المأجور أيضاً تمت الإعارة وإذا لم يسلمه فلا لبقي بالإعارة حكم ولا يجبر على تسليم المعار.

الفصل الثاني

في بيان أحكام العارية وضمانها

الأحكام، جمع حكم والحكم معناه الأثر المترتب وعليه فمعنى هذا العنوان الاثار المترتبة على العارية. والضمانات أيضاً من جملة الأحكام.

﴿المادة ٨١٢﴾ المستعير يملك منفعة العارية بدون بدل فليس للمعير أن يطلب من المستعير أجرة بعد الاستعمال

المستعير يملك منفعة العارية مجاناً. وللمعير الثواب على خلوص نيته لاتيانه الخير مع أبناء جنسه. وقد توضح في شرح المادة (٧٦٥) أنه يشترط في الإعارة أن تكون مجاناً. وعليه لو اشترط في الإعارة بدل انقلبت إلى إجارة أنظر شرح المادة (٤٣٤) والحاصل أن المستعير إذا انتفع بالعارية تكون له المنفعة مجاناً.

لذلك فليس للمعير أن يطلب اجرة من المستعير بعد الإستعمال أي إذا قدم المعير على الإعارة بعد أن استعمل المستعير فليس له أن يطلب منه اجرة تلك المدة فإن طلب وأدعى نرد دعواه.

الاختلاف في الإعارة والإجارة:

هذه المادة فيما إذا اتفق الطرفين على أن العقد عقد الإعارة أما إذا اختلفا في ذلك وادعى صاحب المال أنها إجارة وادعى الآخر أنها إعارة. يعني لو ركب أحد دابة آخر للذهاب إلى محل وبعد ذلك لو قال صاحب الدابة آجرتك اياها فاعطني اجرتها وقال الراكب أعرتني اياها إعارة وليس لك أجرة واختلفا على هذه الصورة فالقول للراكب. لأن الراكب منكر للاجرة أنظر المادتين (٨، ٧٦).

﴿المادة ٨١٣﴾ العارية أمانة في يد المستعير فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان. مثلاً إذا سقطت المرآة المعارة من يد المستعير بلا عمد أو زلقت رجله فسقطت المرآة وانكسرت لا يلزمه الضمان. وكذا لو وقع على البساط المعار شيء فتلوث به ونقصت قيمته فلا ضمان.

العارية أمانة في يد المستعير يعني أنه لو تلفت العارية في يد المستعير بلا تعد ولا تقصير أو فقدت أو نقصت قيمتها من استعماله اياها حسب المعتاد وعلى الوجه المشروط في حال الإستعمال أو في غير حال الاستعمال لا يلزمه الضمان.

وقد أثبتت هذه المسألة على وجهين.

الوجه الأول، بالحديث الشريف القائل (ليس على المستعير غير المغل ضمان).

الوجه الثاني، بما ان المستعار قد أخذ بإذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء «احترز به عن الرهن» ولا على سبيل المبادلة «إحترز به عن سوم الشراء على طريقة تسمية الثمن» فلا يلزم الضمان. لأنه لا يتصور التعدي بإذنه أنظر المادة (٨٨١) ألا ترى لو أذن أحد بإتلاف ماله وأتلفه الآخر فلا يلزم المتلف ضمان (مذهب الشافعي) وعند الإمام الشافعي لو تلفت العارية في أثناء الإنتفاع الذي أذن به للمستعير فلا يلزم ضمان أما إذا تلفت في غير وقت الاستعمال فيلزم الضمان على المستعير ولو حصل التلف بلا تعد ولا تقصير (الباجوري).

وتستفاد من إطلاق هذه المادة مسألتان.

المسألة الأولى: لا يلزم ضمان سواء أكان تلف العارية ظاهراً أم خفياً على كلا التقديرين حتى انه لو ادعى المستعير تلف المستعار في يده بلا تعد ولا تقصير وهو في حال صحته أو مرضه فالقول له مع اليمين أنظر المادة (١٧٧٤). كذلك لو ادعى المستعير رد العارية للمعير وكذبه المعير فالقول مع اليمين للمستعير.

المسألة الثانية: لا يلزم الضمان ولو شرط الضمان مثلاً لو عقدت العارية على شرط أن يكون المستعير ضامناً إذا تلف المال المستعار في يد المستعير بلا تعد ولا تقصير فلا حكم لهذا الشرط ولا يلزم المستعير ضمان على تقدير التلف على الوجه المذكور. وذلك كاشتراط الضمان في الرهن في حال التلف بلا تعد ولا تقصير أنظر شرح المادة (٨٢) (البحر).

اختلاف الفقهاء في ضمان العارية بشرط الضمان:

لقد جاء في (أشباه ابن نجيم) عن ذكره ما يتفرع على قاعدة (العادة محكمة) (لو اشترط) ضمان العارية إذا تلفت بلا تعد يصح الشرط المذكور على رواية نقلا عن (الزيلعي، والجوهرة) ولكن الصحيح والمفتى به كما بينه الحموي نقلا عن (قاضيجان) هو أن الشرط المذكور لا حكم له وبما أن المجلة قد ذكرت عدم الضمان مطلقاً كما مر آنفاً وبمقتضى المادة (٦٤) يستدل على أنها قد اختارت القول بأن لا حكم للشرط وعلى هذا المبدأ قد سرنا في شرح هذه المادة وإيضاحها.

المسائل المتفرعة على كون العارية غير مضمونة:

أولاً: مثلاً إذا سقطت المرآة المعارة من يد المستعير قضاء أو زلقت رجله فسقطت المرآة وانكسرت لا يلزمه الضمان كما لو كانت العارية بغلاً فصار أعرج بالاستعمال المعتاد.

ثانياً: لو ربط المستعير البغل المستعار بحبل حسب العادة فاختنق لا يلزم الضمان لأن هذه المعاملة معتادة.

ثالثاً: لو دخل أحد الحمام وأخذ في الاغتسال فسقط الإناء من يده وتشوه لا يضمن.

رابعاً: لو استعار أحد سلاحاً لمحاربة العدو فانكسر السلاح كأن كان سيفاً أثناء القتال فلا يلزم ضمان.

خامساً: لو زلت قدم أحد وهو لابس ثياباً مستعارة فتمزقت فلا يلزم ضمان.

سادساً: لو وقع على البساط المعار فتلوث به ونقصت قيمته فلا ضمان.

سابعاً: لو قصد المعير على الدابة المعارة إلى محل معتاد مسمى ورجع منه فضعفت الدابة أو كانت حبلى فأسقطت فلا يلزم المستعير ضمان.

ثامناً: لو أحضر المستعير للمعير فقال له المعير ضعه هنا فسقط منه بينما كان يضعه من غير تقصير وانكسر لا يلزم الضمان.

تاسعاً: لو أصبحت الثياب بحالة لا ينتفع بها باستعمال المستعير اياها على الوجه المعتاد فلا يلزم ضمان.

عاشراً: لو سقط الكأس أو فنجان القهوة من يد الشارب بعد أن تناوله من يد الساقي وأخذ يشرب فانكسر فلا يلزم ضمان الكأس أو الفنجان لأن ذلك عارية. أما ثمن القهوة والماء فيلزمه لأنه مبيع وقد تلف بعد القبض. أنظر المادة (٢٩٤). والحاصل أنه لو تلفت العين المستعارة باستعمالها الإستعمال المعتاد أو طرأ على قيمتها نقصان فلا يلزم المستعير ضمان أما لو تلفت باستعمالها استعمالاً غير معتاد ضمن. وعليه فلو ارتدى لباس النهار ليلاً ونام على السرير فتمزق كان ضامناً. وقد بين في المادة الآتية المحترز عنه من قيد «بلا تعد ولا تقصير» المذكور في هذه المادة وهو وجوب الضمـان في حال التلف بالتعدي أو التقصير. فإذا تلفت بتعد أو تقصير لزم الضمان ويلزم استثناء مسألتين من كون العارية غير مضمونة. المسألة الأولى إذا لم يرد المستعير المعار في العارية المؤقتة بعد مضي الوقت وأمسكه وتلف في يده لو بلا تعد ولا تقصير سواء استعمله أم لم يستعمله لزم الضمان أنظر المادة (٨٢٦) وقد عد محشي الدرر (عبد الحليم) هذه المسألة مستثناة. إلا أنه لما كان من الممكن أن يعد الإمساك بعد مضي الوقت تعدياً فلا تعد هذه المسألة مستثناة على هذا الإعتبار (تكملة رد المحتار) المسألة الثانية: وهذا الحكم في العارية أي عدم الضمان فيما إذا كان المستعار في نفس الأمر ملكاً للمعير أما لو تبين أن العارية ملك لشخص آخر يعني لو ظهر لها مستحق لزم المستعير الضمان لأن ذلك المال ليس بعارية بتبين ذلك الاستحقاق المذكور إذ أن العارية عبارة عن تمليك المنفعة والتمليك إنما يكون من المالك والحكم في الوديعة على هذا المنوال، كما ذكر في شرح المادة (٧٧٧). يعني أنه لما كان المعير بالنسبة إلى شخص المستحق غاصباً والمستعير غاصب الغاصب فللمستحق، كما هو محرر في المادة (٩١٠)، تضمين المعير وله تضمين المستعير. وأيهما ضمن فليس للضامن الرجوع على الآخر. والسبب في عدم رجوع المعير إذا ضمن على المستعير هو كما يأتي:

بما إن المعير يملك المستعار بالضمان وقت الإعارة فيكون قد اعار ماله والعارية بمقتضى هذه المادة ليست مضمونة. ما لم يكن التلف في يد المستعير حاصلاً بتعديه أو تقصيره. وإذا ضمن المستعير فالسبب في عدم رجوعه على المعير هو أن العارية عقد يعود نفعه على المستعير القابض. أنظر شرح المادة (٦٥٨) (البحر) فلو أن أحد الشريكين في مال أعار المال المشترك لشخص بدون اذن شريكه وتلف بلا تعد

ولا تقصير لزم كلاً من المستعير والمعير ضمان حصة الشريك الآخر. وإذا أثبت المستحق أن المستعار ملكه فلا تطلب منه البينة على كونه لم يبعه من آخر أو لم يهبه له لكن لو ادعى المعير أن المستحق قد باع منه المال المذكور أو وهبه له وسلمه اياه أو أذنه بإعارته لآخر ولم يثبت المعير دعواه ونكل المستحق لدى تحليفه اليمين فليس للمعير تضمينه القيمة (تكملة رد المحتار).

الاختلاف في إعارة مال أو غصبه: لو اختلف المستعير والمعير فقال المستعير انك أعرتني دابتك وتلفت بلا تعد ولا تقصير وقال له المعير إني لم أعرك اياها بل اغتصبتها اغتصاباً فإذا لم يركب المستعير الدابة فلا يضمن (الهندية).

إذا تعدى الأمين مرة أو خالف فلا تعود إليه صفة الأمانة ولو عاد إلى الوفاق. وعليه إذا تلفت الأمانة بعد ذلك، أي بعد معاودة الأمين إلى الوفاق، كان ضامناً. ولو كان التلف بلا تعد ولا تقصير. وإليك بعض المسائل المتفرعة من ذلك من أبواب الفقه المتفرقة: المسألة الأولى، المستأجر، وقد جاء تفصيله في شرح المادة (٤٥٤).

المسألة الثانية، المستعير لشيء غير الرهن.

﴿المادة ٨١٤﴾ - (إذا حصل من المستعير تعد أو تقصير بحق العارية ثم هلكت أو نقصت قيمتها فبأي سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضمان. مثلاً إذا ذهب المستعير بالدابة المعارة إلى محل مسافته يومان في يوم واحد فتلفت تلك الدابة أو هزلت أو نقصت قيمتها لزم الضمان وكذا لو استعار دابة ليذهب بها إلى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل ثم هلكت الدابة حتف أنفها لزم الضمان وكذلك إذا استعار إنسان حلياً فوضعه على صبي وتركه بدون أن يكون عند الصبي من يحفظه فسرق الحلي فإن كان الصبي قادراً على حفظ الأشياء التي عليه لا يلزم الضمان وإن لم يكن قادراً لزم المستعير الضمان)

فلو حصل من المستعير تعد أو تقصير بحق العارية ثم هلكت أو نقصت قيمتها فبأي سبب كان الهلاك أو النقص أي سواء كان بتعد وتقصير أم بسبب آخر أم ماتت الدابة حتف أنفها يلزم المستعير الضمان لأن المستعير لما أصبح في حكم الغاصب فقد تحولت يد أمانته إلى يد ضمان. أي أنه يلزم ضمان مثل العارية إذا كانت من المثليات وقيمتها تامة إذا كانت من القيميات وقيمة النقصان فقط في حال النقصان.

إيضاح القيود:

١ - قيل «لو حصل من المستعير تعد» لأن التعدي إذا لم يقع من طرف المستعير بل وقع من شخص آخر لزم ذلك الشخص الضمان أنظر المادة (٨٩) مثلاً لو أعطى الصغير المحجور المستعار للمستعير بطريق العارية مالاً لآخر وضاع لزم الضمان ال[illegible] المدفوع إليه أنظر المادة (٩١٠).

٢ - قيل «بتعديه أو تقصيره»: أشير بهذا القيد إلى أن نية التعدي المجردة بلا فعل ليست موجبة للضمان (أنظر شرح المادة ٢).

مثلاً لو استعار أحد فرساً ونوى عدم إعادتها لصاحبها ثم ترك هذه النية، ينظر، فإذا كان راكباً على تلك الفرس وسائراً بها لزم الضمان إذا تلفت الفرس بعد النية، لأن النية قد اقترنت بالفعل. وأما إذا كان عند النية واقفاً، أي غير سائر بالفرس، ثم سار بعد النية وتلفت الفرس فلا يكون ضامناً (تكملة رد المحتار) لأن النية لم تقترن بالفعل. ويوضح التعدي أو التقصير على الوجه الآتي كتلف الدابة بكبحها باللجام أو إتلاف عينها أو تلف الدابة المستعارة للركوب عليها إلى محل معلوم بحبسها في البيت أو بأخذها إلى محل آخر للسقي أو بتحميلها حملاً يعلم أنها لا تطيقه أو باستعمالها ليلاً نهاراً أو باستعمال الدابة المستعارة لحرث أرض في أرض أخرى أقسى تربة منها وما ماثلها من الأحوال فيعد تعدياً وكذلك بضياع الدابة بتركها في الزقاق ودخول المستعير البيت أو المسجد بحيث لا ترى أي تغيب عن نظره فيعد ذلك تقصيراً في الحفظ سواء أربطها في الباب أم لم يربطها لأن المستعير متى جعل الدابة المستعارة تغيب عن نظره فيكون قد أضاعها. أما إذا لم تغب عن نظره فلا ضمان ولو أرسل المستعير الدابة العارية لترعى وتلفت فلا يضمن إذا كانت العادة أن ترسل للرعي وإذا كانت على خلاف ذلك أو كانت العادة مشتركة ضمن (البحر) (أنظر المادة ٤١) وعليه فكما أن التعدي الموجب للضمان قد وضح آنفاً وقد جاء ذكره في الأمثلة الثلاثة من المجلة ففي المواد (٨١٥ و٨١٦ و٨١٧ و٨٢٠ و٨٢١ و٨٢٣ و٨٢٥ و٨٢٦ و٨٢٧ و٨٢٨ و٨٢٩) قد حرر أيضاً (البحر)

٣ - جاء «بأي سبب من الأسباب» يعني لو تلف المستعار بتعدي المستعير أو تقصيره مرة أو طرأ على قيمته نقصان أو لو لم يحدث التلف ولم يطرأ النقصان بذلك التعدي والتقصير بل كان ذلك بعد ترك المستعير التعدي ودعوته إلى الوفاق أو تلف بعد ذلك بلا تعد ولا تقصير أو نقصت قيمته كان المستعير ضامناً، مثلاً لو استعار أحد فرساً ليركبه إلى المحل الفلاني وبلغ ذلك وتجاوزه إلى مكان آخر فلا يبرأ من الضمان إذا عاد إلى المكان المقصود ويكون الفرس مضموناً إلى أن يعيده إلى صاحبه سالماً فلو تلف في يده بعد ذلك التجاوز كان ضامناً.

كذلك لو استعار مالاً ليرهنه عند آخر فاستعمل المال ثم ترك الاستعمال وتلف في يده قبل الرهن والتسليم كان ضامناً (تكملة رد المحتار).

قاعدة في الأحوال التي توجب الضمان في الإعارة:

قد ذكرت القاعدة الآتية لضمان المستعير وهي (العارية كالإجارة فكل ما يوجب الضمان في الإجارة يوجب الضمان في الإعارة أيضاً (الضمانات الفضيلية في إجارة الدواب).

٤ - قيل هلكت. لأن المستعير إذا تعدى أو قصر ولم يترتب على تعديه أو تقصيره ضرر ما وأعاد المستعار سالماً إلى صاحبه كان المستعير بريئاً فلو تلف بعد ذلك في يد صاحبه فلا يلزم ضمان.

٥ - جاء وقت التعدي أو التقصير ألخ، فلنوضح هذا بمثال:

لو استعار أحد دابة لمدة أربعة أيام ومضت ولم يعد المستعير المستعار فيكون ذلك تعدياً بمقتضى

المادة (٨٢٦) فلو أمسكها بعد ذلك خمسة عشر يوماً وتلفت فتلزم قيمتها اعتباراً من اليوم الخامس لأن المستعير لم يكن متعدياً ولا مقصراً في مدة الإعارة إلى انتهاء اليوم الرابع والمستعار في يده أمانة صرفة ويبدأ تعديه وتقصيره منذ ختام اليوم الرابع .

وذكر هذه المسألة في الوديعة أي في المادة (٨٠٣) وعدم ذكرها في العارية مبني على كونها مفهومة من كتاب الغصب .

٦ ـ قبل قيمتها . إذا اختلف المعير والمستعير في مقدار القيمة فالقول مع اليمين للمستعير أما البينة فللمعير . (أنظر مادتي ٨ و ٧٦) .

مثلاً لو ذهب المستعير بالدابة المعارة إلى محل مسافته يومان في يوم واحد أو حملها حملاً يزيد عن طاقتها وساقها بالعنف والشدة فتلفت تلك الدابة أو هزلت أو عرجت فنقصت قيمتها لزم الضمان .

كذلك لو حرث المستعير المزرعة على ثورين ثم أطلقهما بعد الحراث مربوطين بحبلهما فاختنقا لزمه الضمان .

وكذا لو استعار دابة لركوبه فأردف شخصاً آخر معه وتلفت الدابة ضمن المستعير نصف قيمة الدابة إذا كانت تطيق حمل الإثنين . لأن التلف الواقع ناشئ عن الفعل المأذون به والفعل الغير المأذون به فتنقسم القيمة على الفعلين وما يصيب الفعل المأذون فيه فهو هدر . أما إذا كانت الدابة لا تطيق حمل الإثنين ضمن المستعير كل القيمة .

وكذلك لو استعار دابة ليذهب بها إلى محل فذهب إلى ذلك المحل فتجاوزه فهلكت الدابة وهو عائد إلى ذلك المحل أو قبل عودته إليه حتف أنفها بآفة يعني سماوية لزم الضمان . لأن ذلك التجاوز لما كان تعدياً وفي الوقت الذي يقع على المستعار تعد على هذا الوجه يكون غصباً فالتلف الواقع بعد ذلك على أي صورة كان موجب للضمان . وإذا كان التلف حتف الأنف فلا يقال ما ذنب المستعير في ذلك .

الاختلاف الواقع في الرد أو التلف بعد التعدي :

لو ادعى المستعير أنه رد الدابة إلى المعير سالمة بعد التجاوز المذكور وادعى المعير أنها تلفت في المحل الذي وقع فيه التجاوز المذكور واقام كل منهما البينة رجحت بينة المعير . بعض التعديات الأخرى التي تقع على المستعار :

كذلك لو نام المستعير وهو ممسك عنان الفرس فجاء أحد فقطع العنان وأخذ الفرس فلا يضمن المستعير سواء كان في السفر أو في الحضر لأنه لم يترك المحافظة على الفرس أما لو أخذ السارق العنان من يده وسرق الفرس على هذه الصورة فيضمن إذا كان في الحضر ونام مضطجعاً . لأنه يكون قد ضيع العارية بنومه نوماً ثقيلاً لا يتنبه معه على أخذ السارق العنان من يده وإلا لو نام في الحضر جالساً فلا يضمن . لأنه لا يلزمه الضمان لو نام جالساً وكانت الفرس **أمامه** وإن لم يكن مقودها في يده وهنا يجب أن لا يلزم ضمان بطريق الأولوية (تكملة رد المحتار)

كذلك لو قرن أحد البقرة التي استعارها مع أخرى قوتها ضعفاً واشتغل عليهما معاً وتلفت البقرة

المعارة فلا يلزمه ضمان بمقتضى المادة (٤٣) إذا كان ذلك معتاداً أما إذا كان خلاف المعتاد لزم الضمان (تعليقات بن عابدين على البحر).

وكذلك لو استعار دابة لمحل فذهب إلى غيره وتلفت الدابة أو طرأ على قيمتها نقصان فيلزمه الضمان ولو كان المحل الذي قصد إليه أقرب من المسمى ولو أمسكها في بيته ولم يقصد إلى المحل المذكور وتلفت كان ضامناً لأنه قد أعاره اياها للذهاب وليس للإمساك (البحر) إذ أن إمساك الدابة في الإصطبل بلا عمل مضر. والحكم على هذا المنوال في الإجارة أيضاً كما صار إيضاحه في شرح المادة (٥٤٦) وقد فصلت هذه المسألة في شرح المادة (٨١٧).

وكذلك لو استعار إنسان قلادة فقلدها الصبي وتركه بدون أن يكون عند الصبي من يحرسه بعينه فسرقت القلادة فإن كان الصبي قادراً على حفظ الأشياء التي عليه لا يلزم الضمان. لأن للمستعير أن يعير العارية لآخر كما هو مذكور في المادة (٨١٩) والجواز الشرعي ينافي الضمان.

إن المثال الذي مر لم يكن مثالاً لهذه المادة ويعتبر مثالاً لها بسبب الفقرة الآتية:

أما إذا لم يكن قادراً على حفظ ما عليه من الأشياء لزم المستعير ضمان تلك القلادة لأنها متعلقة على الصبي غير القادر على حفظها فقد ضيع القلادة أي قصر في حفظها. ولا شبهة في أن السارق أيضاً لا ينجو من الضمان. وبناءً عليه فالمعير مخير إن شاء ضمن المستعير لتضييعه اياها وهذا هو المبين في المجلة. وفي هذه الصورة للمستعير تضمين السارق. وإن شاء ضمن السارق وفي هذه الحال ليس للسارق الرجوع على المستعير أنظر المادة (٩١٠).

وكذلك إذا نبه المعير المستعير بأن دابته لا تحفظ بدون مقود وأنه يجب قودها بمقود وألا يترك حبلها على غاربها فقادها المستعير بدون مقود فتعبت الدابة وسقطت وعطبت رجلها لزم الضمان لأن المستعير قد خالف شرطاً مفيداً.

وكذلك لو توفي المستعير مجهلاً تضمن العارية من تركته (أنظر المادة ٨٠١) وشرحها.

وكذلك لو وضع المستعير العارية أمامه ونام جالساً وسرقت فلا يلزم المستعير ضمان سواء أوقع ذلك في حال السفر أم في حال في الحضر.

أما إذا نام مضجعاً وسرقت ووقع ذلك في حال الحضر فيلزم الضمان أما إذا وقع في حال السفر فلا يلزم ضمان وسواء أكان المستعار تحت رأسه أم أمامه أم كان حوله بصورة يعد فيها حافظاً له: (الإدعاء بوقوع التصرف الموجب للضمان بإذن المعير).

لو ادعى المستعير في كل تصرف يوجب الضمان إن ذلك التصرف وقع بإذن المعير ولذلك فلا يلزمه ضمان فإذا أقر بذلك المعير فيها أنظر المادة (١٥٨٧) وإذا أنكر المعير تطلب البينة من المستعير فإن أثبته فبها وإن لم يثبته يحلف المعير اليمين فإن حلف لزم المستعير الضمان أنظر المادة (١٦٣٢) تكملة رد المحتار.

مستثنيات:

ويستثنى من القاعدة المبيّنة في ابتداء هذه المادة في الشرح بعض المسائل وهو براءة الأمين إذا عاد إلى الوفاق بعد التعدي والمخالفة.

١ ـ المستودع: وقد مرت أحكامه مفصلة في شرح المادة (٧٨٧).

٢ ـ مستعير الرهن: فلو استعار أحد مالاً على أن يرهنه فاستعمله قبل الرهن فيكون قد تعدى لكنه لو رهنه بعد تركه استعماله وسلمه على الوجه المشروط رجع أميناً كما كان. حتى إنه لو تلف الرهن المستعار في يد المرتهن بعد تأدية الراهن المستعير الدين في مقابل الرهن أو قبل تأديته فلا يلزم الراهن المستعير ضمان الغصب (البحر، تكملة رد المحتار).

٣ ـ المضارب: إذا خرج المضارب عن حدود مأذونيته وخالف الشرط كان غاصباً كما هو مذكور في المادة (١٤٢١) لكن لو عاد إلى الوفاق كان بريئاً من الضمان ويكون مضارباً كما كان.

فلو قال رب المال للمضارب بع واشتر في القدس فذهب المضارب إلى الشام ليبيع ويشتري كان غاصباً فإذا تلف رأس المال المعطى له في الشام ضمنه ولو بلا تعد. ولكنه لو عاد إلى القدس مع رأس المال قبل أن يبيع ويشتري في الشام فتلف بعد ذلك في القدس بلا تعد ولا تقصير لا يكون ضامناً.

٤ ـ المستبضع: لو قال المبضع للمستبضع لا تخرج من البلد الفلاني فأخذ المستبضع البضاعة إلى بلد آخر كان غاصباً. فبناء عليه لو تلف هناك كان ضامناً. لكن لو نقل البضاعة قبل التلف إلى عين البلد المشروط برئ من الضمان وإذا تلف بعد ذلك بلا تعد ولا تقصير لا يكون ضامناً.

٥ ـ الوكيل بالبيع: لو استعمل الوكيل ببيع شيء ذلك الشيء كان غاصباً. لكن لو عاد إلى الوفاق بتركه الإستعمال الذي هو تعد يعود أميناً إلى صفته. حتى إنه لو ضاع بعد ذلك فلا يكون ضامناً.

٦ ـ الوكيل بالحفظ.

٧ ـ الوكيل بالإجارة: فلو أعطى أحد فرساً لآخر على أن يؤجر من فلان فلو استعمله ذلك الوكيل بالذات ثم بعد ذلك تركه وتلف فلا يضمن (تكملة رد المحتار).

٨ ـ الوكيل بالاستئجار: لو أعطى أحد لآخر خمس ذهبات ليستأجر له داراً فاستأجر له خلافاً لمأذونيته دكاناً وبعد ذلك استرد تلك الذهبات عيناً وتلفت في يده فلا يكون ضامناً (من المحل المذكور).

٩ ـ شريك العنان: لو عقد الشركة على أن يكون الأخذ والإعطاء منحصرين في بلدة بهذا القيد فأخذ الشريك رأس المال بلا إذن المشارك إلى بلدة أخرى وبعد ذلك عاد إلى ذلك البلد الأول المشروط عادت له صفة الأمين.

١٠ ـ الشريك المفاوض: وهذا بعد التعدي إذا أعاد إلى الوفاق عادت للشريك المذكور صفة

الأمين. والفرق إذا عاد المستأجر والمستعير إلى الوفاق لا يبرأ مع كونه إذا عاد بعض الأمناء كالمستودع إلى الوفاق بعد المخالفة يبرأ ويعلم الفرق بينهما من مراجعة شرح المادة (٧٨٧).

﴿المادة ٨١٥﴾ نفقة المستعار على المستعير بناءً عليه لو ترك المستعير الدابة المعارة بدون علف فهلكت ضمن.

سواء أكانت العارية مطلقة على ما سيجيء في المادة (٨١٦) أم مؤقتة على ما سيجيء في المادة (٨١٧)، لأن المستعير لما كان مالكاً لمنافع العارية مجاناً فنفقتها على المستعير بناءً على القاعدة (الغرم بالغنم) كما في المادة (٨٨) أنظر المادة (٣٦).

وعليه لو قال أحد لآخر أعطيتك هذا الحيوان لتستعمله وتعلفه كان ذلك عارية وليس هذا عقد إجارة بأن يعد أمر إعطاء العلف بدل إجارة.

ومعنى هذه المادة ليس إجبار المستعير على الإنفاق على المستعير لأنه كما وضح في المادة (٨٠٦) لما كان للمستعير فسخ العارية في أي وقت أراد فلا محل لهذا الإجبار. وإنما معناه كما يأتي:

أي أنه يقال للمستعير إنفق على المستعار واستحصل المنفعة منه أو أتركه ورده للمعير وتخلص من النفقة.

بناءً عليه إذا أمسك المستعير العارية ولم يعطها علفاً فتلفت كان ضامناً. وفائدة قيد «مع الإمساك» يفهم من الإيضاحات المبينة في الشرح آنفاً:

مذهب الشافعي: أما عند الإمام الشافعي فتلزم نفقة المستعار المعير لأن النفقة من حقوق الملك. وفي هذه الصورة لو قال المعير أعرتك هذا الحيوان على أن تعلفه وقبل المستعير ذلك فليس عارية بل إجارة فاسدة لأن المدة والبدل مجهولان (الباجوري).

﴿المادة ٨١٦﴾ إذا كانت الإعارة مطلقة أي لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في أي زمان ومكان شاء على الوجه الذي يريده لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة. مثلاً إذا أعار رجل دابة على الوجه المذكور إعارة مطلقة فالمستعير له أن يركبها في الوقت الذي يريده إلى أي محل شاء وإنما ليس له أن يذهب بها إلى المحل الذي مسافة الذهاب إليه ساعتان عرفا أو عادة في ساعة واحدة كذلك لو استعار شخص حجرة في خان كان له أن يسكنها وأن يضع فيها أمتعته إلا أن ليس له أن يشتغل فيها بصنعة الحدادة خلافاً للعرف والعادة.

أي أنه إذا كانت الإعارة مطلقة أي لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من انواع الانتفاع أو

بشخص المنتفع وبشرط مفيد على ما جاء في المادة (٨١٩) كان للمستعير استعمال العارية في أي زمان ومكان شاء على الوجه الذي يريده وله أن يعيره لآخر كي يستعمله. لأن المستعير يتصرف في المستعير وله أن يتصرف في ذلك بموجب الإذن المعطى له من الغير ولما كان الإذن مطلقاً فله أن يستعمله ويتصرف به بصورة مطلقة أنظر المادة «٩٦».

سؤال: بما ان المنافع التي تملك بالإعارة الواقعة على ما ورد في هذه المادة مجهولة وجهالة الأشياء التي تملك توجب فساد العقود كالبيع والإجارة (أنظر المواد ٢١٣، ٤٥١، ٤٦٠). فكان من اللازم أن تكون هذه الإعارة فاسدة.

الجواب: لما كانت الإعارة ليست من العقود اللازمة كما صار إيضاحه في شرح المادة (٨٠٤) وبما ان للمعير حق الرجوع في أي زمان أراد فلا توجب جهالة المنافع فساد الإعارة. يعني أن المعير إذا لم يرض باستيفاء المستعير ما تصدى لاستيفائه من المنافع فله الرجوع عن الإعارة في الحال ويسترد المعار لكن البيع والإجارة لما كانا من العقود اللازمة فالجهالة فيهما باعثة على النزاع (الزيلعي).

ومعنى قوله (عدم التقييد بنوع من أنواع الانتفاع).

هو كأن يقول المعير إركب الدابة أو احمل عليها حملاً أو أسكن الدار المستعارة أو ضع فيها أمتعتك وما أشبه ذلك من صور عدم التقييد. وبعبارة أخرى إطلاق الانتفاع هنا هو باعتبار المنفعة أما الإطلاق الوارد في المادة (٨١٩) فهو بالنظر إلى المنتفع. وعلى ذلك تتداخل هاتان المادتان بعضهما في بعض.

للمستعير أن ينتفع في أي زمان ومكان على الوجه الذي يريده، إلا أن ليس للمستعير أن يؤجر المستعار أو يرهنه عند آخر. كما سيبين في المادة (٨٢٣) (جواهر الفقه).

وتنقسم الإعارة إلى ستة عشر قسماً.

ويستفاد من هذه المادة والمادتين (٨١٩ و٨٢٠) إن الإعارة ستة عشر قسماً. لأن الإطلاق والتقييد شيئان يدوران بين خمسة أشياء الزمان والمكان والانتفاع والمنتفع والشرط المفيد فيحصل من ضرب إثنين في خمسة عشرة أقسام ويحصل من أخذ الطرفين مركبين أربعة أقسام أخرى كما يحصل من الإطلاق في جملتها أو التقييد قسمان آخران وهي:

١ - الإطلاق في الزمان، والتقييد في المكان والانتفاع والشرط المفيد.
٢ - الإطلاق في المكان والتقييد في الزمان والانتفاع والمنتفع والشرط المفيد.
٣ - الإطلاق في الإنتفاع. والتقييد في الزمان والمكان والمنتفع والشرط المفيد.
٤ - الإطلاق في المنتفع والتقييد في الزمان والمكان والانتفاع والشرط المفيد.
٥ - الإطلاق في الشرط المفيد، والتقييد في الزمان والمكان والانتفاع والمنتفع.
٦ - التقييد في الزمان، والإطلاق في المكان والانتفاع والمنتفع والشرط المفيد والمثال الأول من المادة (٨١٨) يشير إلى هذا القسم.

٧ ـ التقييد في المكان، والإطلاق في الزمان والانتفاع والمنتفع والشرط المفيد والفقرة القائلة (إذا استعار فرساً يركبه إلى محل . . . من المادة (٨١٧ تشير إلى هذا القسم (البحر).

٨ ـ التقييد في الانتفاع، هو الإطلاق في الزمان والمكان، والمنتفع، والشرط المفيد، وإن العارية المار ذكرها في المادة (٨١٨) هي هذا القسم الثامن لأنه في المادة المذكورة وقد ذكر التقييد في الانتفاع فلو كان يقصد أيضاً التقييد بالزمان والمكان لكانت المادة المذكورة عن المادة (٨١٧) ولزم أن تكون مستدركة فلذلك قد قصد الإطلاق في الزمان والمكان وحصل بذلك هذا القسم الثامن.

٩ ـ التقييد بالمنتفع، والإطلاق في الزمان والمكان والانتفاع. أنظر المادة (٨٢٠)

١٠ ـ التقييد بالشرط المفيد والإطلاق في الزمان والمكان، والانتفاع، وعليه لو قيد المعير الاستعمال بالشرط المفيد. كان الشرط المذكور أيضاً معتبراً وليس للمستعير مخالفته. فلو قال المعير للمستعير عند إعارة الدابة أمسك عنان الدابة ولا تتركه حيث لا تحفظ إلا به ثم ارخى لها العنان بعد زمن فأسرعت في المشي وسقطت إلى الأرض وتلفت كان ضامناً (تكملة رد المحتار).

١١ ـ الإطلاق في الزمان والمكان والتقييد في الإنتفاع والمنتفع والشرط المفيد.

١٢ ـ الإطلاق في الزمان والمكان والإنتفاع والتقييد في المنتفع والشرط المفيد. أما قسم الإطلاق في الزمان والمكان والإنتفاع والمنتفع، والتقييد بالشرط المفيد فهو عبارة عن القسم الثالث.

١٣ ـ التقييد في الزمان والمكان والإطلاق في الإنتفاع والمنتفع والشرط المفيد. والعارية التي هي موضوع البحث في المادة (٨١٧) هي عارية هذا القسم الثالث عشر . لأنه قد ذكر في المادة المذكورة التقييد بالزمان والمكان فلو كان يقصد أيضاً التقييد في الانتفاع لكانت المادة المذكورة عين المادة (٨١٨) ووجب أن تكون مستدركة فلذلك قد قصد منها الإطلاق في الانتفاع كما فصل في شرحها.

١٤ ـ التقييد في الزمان والمكان والانتفاع والإطلاق في المنتفع والشرط المفيد وقد وضع بحث ذلك في المادتين (٨١٩) و(٨٢٠). أما قسم التقييد في الزمان والمكان والمنتفع والإطلاق في الشرط المفيد فهو عبارة عن القسم الخامس.

١٥ ـ الإطلاق في الجميع يتألف هذا القسم من هذه المادة ومن مجموع المادة (٨١٩).

١٦ ـ التقييد في الجميع (الكفاية شرح الهداية مع الإيضاح) وإن لم تذكر المجلة هذا القسم السادس عشرة فيستنبط هذا القسم. من مجموع المواد (٨١٧ و ٨١٨ و ٨٢٠) لأن الإعارة لما كانت بمقتضى المادة (٨١٧) مقيدة بالزمان والمكان وبمقتضى المادة (٨١٨) مقيدة بنوع من الانتفاع وبمقتضى المادة (٨٢٠) مقيدة بالمنتفع فليس للمستعير مخالفة ذلك يعني ليس له مخالفة التقييد بالزمان والمكان أصلاً كما ليس له مخالفة التقييد في المنتفع فيما يختلف باختلاف المستعملين كما يتضح لك على الوجه الآتي.

في لزوم الموافقة على التقييدات الخمسة أو عدم لزومها:

وعليه لو قيد المعير من هذه الخمسة **الاشياء بالزمان** والمكان والشرط المفيد فيلزم انقياد المستعير لذلك في كل حال وليس له مخالفته أما التقييد من حيث الانتفاع: فليس له المخالفة بالتجاوز إلى ما فوق أما مخالفته إلى خير أي دون أن يتجاوز إلى ما فوق فجائزة أنظر المادة (٨١٨).

أما التقييد من حيث المنتفع . فلا يعتبر فيها لا يختلف باختلاف المستعملين كما ذكر حكم ذلك في المادة (٨٢٠) .

وبما أنه قد نظر في تعبير هذه المادة «الزمان والمكان الذي يريده» إلى الإطلاق في الزمان والمكان وفي تعبير «على الوجه الذي يريد» قد نظر إلى الإطلاق في الانتفاع وذلك لف ونشر مرتب .

واعتبار الإطلاق في الإعارة المطلقة يكون في حالة عدم وجود دليل على التقييد صراحة أو دلالة ، فعليه تقيد الإعارة بالعرف والعادة دلالة ولو لم تقيد صراحة أنظر المادة (٤٥) بناءً عليه لو استعمل المستعير العارية بما يخالف عرف البلدة وعادتها وتلفت في يده كان ضامناً بمقتضى المادة (٨١٤) إلا أنه إذا تقيدت الإعارة على هذا الوجه بالعرف والعادة فلا تخرج الإعارة بذلك من قسم الإعارة المطلقة فعليه لو أعار أحد فرسه على هذا الوجه أي إعارة مطلقة من حيث الزمان والمكان والانتفاع وكذلك من حيث المنتفع فله (١) أن يركبه في أي وقت أراد ويشمل هذا الإطلاق في الزمان (٢) وله أن يذهب إلى أي محل أراد وهذا مثال للإطلاق في المكان . وإن شاء ركبه بنفسه أو ركبه غيره . وهذا المحل سواء كان داخل المدينة أم خارجها فالحكم واحد على كلا الحالين (جواهر الفقه) (له أن يذهب) ليس هذا التعبير أريد به الإحتراز عن المجيء فيجوز أيضاً أن يأتي من المحل الذي ذهب إليه أو يحمله حملاً ويأتي به . حتى أنه لو استعار أحد دابة للذهاب عليها وهو في القدس إلى يافا فله أن يذهب عليها ويرجع . فلو ذهب على الدابة التي استعارها على هذا الوجه استعارة مطلقة إلى المحل المستعار له وبعد أن أمسكها شهراً هناك حمل الدابة حملاً معتاداً وتلفت الدابة فلا يضمن . أما في الإجارة فإنما له الذهاب دون المجيء والفرق بينهما على وجهين الوجه الأول رد العارية على المستعير والمستعير لا يستطيع الرد إلا بعد المجيء حالة كون رد المأجور في الإجارة هو على المؤجر أنظر المادة (٥٩٤) .

المثل الثاني لما كانت الإعارة تبرعاً فالتسامح جار فيها أما الإجارة فبما أنها عقد معاوضة فالمضايقة أي عدم التسامح فيها مرعية (تكملة رد المحتار) لكن ليس له الذهاب بالدابة المعارة إلى المحل فالذي مسافة الذهاب إليه ساعتان في ساعة واحدة على خلاف المعتاد .

كذلك لو استعار للحمل دابة فإذا لم يعين الحمل فللمستعير تحميل أي شيء أراد ولكن ليس له أن يحملها فوق طاقتها لأن الإذن المطلق يصرف إلى المتعارف والحمل فوق الطاقة ليس متعارفاً حتى إن الرجل ليس له أن يحمل دابته فوق طاقتها (تكملة رد المحتار) .

كذلك لو استعار شخص على الوجه المذكور حجرة في خان كان له أن يسكنها وأنه يضع فيها أمتعة وهذا مثال للإطلاق في الانتفاع . وأما استعمالها يخالف العادة كان يشتغل فيها بصنعة الحدادة مما يورث رهن البناء وضرره فليس له ذلك .

﴿المادة ٨١٧﴾ إذا كانت الإعارة مقيدة بزمان أو مكان يعتبر ذلك القيد فليس للمستعير مخالفته مثلاً إذا استعار دابة ليركبها أربع ساعات وكذلك استعار فرساً

ليركبه إلى محل فليس له أن يركبه الى محل غيره»

إذا كانت الإعارة مطلقة في الانتفاع والمنتفع ومقيدة بزمان أو مكان يعتبر ذلك القيد والشرط فليس للمستعير مخالفته أي مخالفة القيد بالزمان والمكان أو بـالشرط المفيـد وان خالفـه ضمن لأنه في حكم الغاصب.

لأن المستعير لما كان يتصرف في ملك الغير فإنما له أن يستعمله على حسب ما يأذن له ذلك الغير. يعني إذا كانت الإعارة مقيدة بالزمان والمكان أو بالشرط المفيد ومطلقة في الإنتفاع والمنتفع فللمستعير أن ينتفع كيف شاء بالمستعار على أن لا يخرج عن دائرة الزمان والمكان المعينين والشرط المذكور وبعبارة أخرى أن للمستعير الانتفاع بالمستعار في ذلك الوقت والمكان المعين في دائرة ذلك الشرط أو أن يعيره لغيره. والحاصل أن الإعارة المقيدة بالزمان والمكان لما كانت باقية على إطلاقها من حيث الانتفاع ومن حيث المنتفع فللمستعير إستعمال العارية والإنتفاع بها على الإطلاق. يعني إذا شاء انتفع بها بنفسه وإن شاء جعل غيره ينتفع بها سواء أكان المستعار مما يختلف باختلاف المستعملين أم لم يكن.

وليس قول المجلة (التقييد بالزمان والمكان) بتعبير احترازي كما أشير إلى ذلك في الشرح لأن المعير إذا قيد الاستعمال بالشرط المفيد كان ذلك الشرط المذكور معتبراً وليس للمستعير أن يخالفه وقد ذكر مثال ذلك في شرح المادة (٨١٦).

ويفهم من قول المجلة (ليس له المخالفة على الإطلاق) أنه ليس له المخالفة عمداً كما أن ليس له المخالفة سهواً أيضاً.

مثال للمخالفة عمداً: إذا استعار دابة ليركبها ثلاث ساعات فله أن يركبها ثلاث ساعات ويذهب بها إلى المحل المراد فإن شاء ركبها بنفسه وإن شاء أركبها غيره وليس له أن يركبها أربع ساعات.

وإذا ركبها أربع ساعات وتلف الحيوان أو طرأ على قيمته نقصان كان ضامناً أما إذا لم يحصل ضرر ما وسلمه إلى صاحبه سالماً فلا يلزم ضمان.

وليس له إمساك الحيوان بعد ذلك الزمان كما هو مبين في المادة «٨٢٦».
وإذا أمسكه وتلف الحيوان كان ضامناً.
كذلك الحكم في الإجارة على هذا المنوال أيضاً كما هو مصرح في المادة «٥٤٨».

يعني لو استؤجر حيوان على أن يستعمل كذا مدة فليس للمستأجر أن يستعمله زيادة عن تلك المدة ثم وإن كانت الإجارة والإعارة متحدتين من هذه الجهة إلا أن بينهما فرقاً من جهة أخرى وذلك إن في الإعارة ليس للمستعير إمساك المستعار في يده بعد ذلك الزمن ويلزمه رده إلى صاحبه ولو لم يطلبه المعير كما هو مذكور في المادة (٨٢٦) وبناء عليه إذا لم يرده وتلف وجب الضمان بخلا ف الإجارة فـأنه إذا لم يستعمل المستأجر المأجور بعد ذلك الزمن وأمسكه في يده لعدم مجيء صاحبه وعدم أخذه اياه وتلف فلا يلزم الضمان. والسبب هو:

ان الرد في الإجارة عائد على المؤجر بمقتضى المادة (٥٥٤) وفي الإعارة عائد على المستعير بمقتضى المادة (٨٣٠).

ومثال المجلة هذا مثال للتقييد بالزمان.

وكذلك لو استعار حيواناً على أن يذهب به إلى محل فله أن يذهب إلى ذلك المحل ويأتي منه وله أن يعيره لآخر على أن يذهب به إلى ذلك المحل ويأتي منه (الواقعات) حتى إنه لو أخذ الحيوان ليسقيه من النهر وتلف كان ضامناً وليس له الذهاب إلى محل آخر كما هو مبين في شرح المادة (٨١٤). أما إذا لم يحصل ضرر لذلك الحيوان ورد إلى صاحبه فلا يلزمه شيء.
هذا المثال مثال للتقييد بالمكان.

وفي صورة التقييد بالمكان تحتاج الخصوصات الآتية إلى الإيضاح وهي الذهاب إلى مكان مساوٍ أو إلى مكان أقصر أو إذا أمسك في الدار فعليه لو قيدت الإعارة بالمكان كما هو مضمون هذه المادة وذهب المستعير إلى مكان أقصر من المكان المسمى لزم الضمان كما يلزمه ذلك فيما لو لم يذهب إلى مكان وأمسك الحيوان في داره كما ذكر ذلك في بعض الكتب الفقهية وقد بين ان إمساكك الحيوان في الإصطبل مضر به. كذلك لو استعار أحد حيواناً ليذهب به إلى مكان فذهب إلى مكان آخر مساو له في المسافة وتلف الحيوان لزم الضمان كما جاء في الخانية «رد المحتار وتكملته» وقد ذكرت هذه المسألة في شرح المادة «٨١٤» بحمله على أن بعض الكتب الفقهية الأخرى تتمسك بالمسألة الفقهية الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة (٨١٧) وبينت عدم لزوم الضمان في الصورتين أي في صورة الذهاب إلى محل أقصر من المكان المسمى وفي صورة عدم الذهاب إلى محل وإمساك الدابة في الإصطبل.

وبالتمسك بالمادة «٦٤» يعلم أن المجلة قد اختارت بقولها «إذا استعار فرساً ليركبه إلى محل» القول الأول والحكم في الإجارة على هذا المنوال كما بين في شرح المادة «٥٤٦».

مثال للمخالفة سهواً: لو استعار أحد من آخر حيواناً ليذهب به إلى محل فأرسل المستعير إلى المعير رسولاً فأخطأ الرسول فاستعاره للذهاب إلى محل آخر ولم يبين الرسول ذلك لمرسله فلو ذهب إلى المحل الثاني فلا يلزمه ضمان أما لو ذهب إلى المحل الأول وتلف الحيوان أو طرأ على قيمته نقصان كان ضامناً وليس للمرسل الرجوع على رسوله بالشيء الذي يضمنه.

﴿المادة ٨١٨﴾ إذا قيدت الإعارة بنوع من أنواع الانتفاع فليس للمستعير أن يتجاوز ذلك النوع المأذون به إلى ما فوقه لكن له أن يخالف باستعمال العارية بما هو مساو لنوع الاستعمال الذي قيدت به أو بنوع أخف منه. مثلاً لو استعار دابة ليحملها حنطة فليس له أن يحمل عليها حديداً أو حجارة وإنما له أن يحملها شيئاً مساوياً للحنطة أو أخف منها وكذا لو استعار دابة للركوب فليس له أن يحملها حملاً. وأما الدابة المستعارة للحمل فانها تركب.

وإذا أطلقت الإعارة في الزمان والمكان وقيدت بنوع من أنواع الانتفاع فليس للمستعير أن يتجاوز ذلك النوع المأذون به إلى ما فوقه لأن الانتفاع بذلك المستعار بالتجاوز إلى ما فوق المأذون به تصرف في مال الغير بلا إذنه وهذا غير جائز بمقتضى المادة (٩٦) وإن تجاوز وتلف أو طرأ على قيمته نقصان كان ضامناً.

وكما أن له الانتفاع بالشيء المأذون به عيناً له أن يخالف باستعمال العارية بما هو مساوٍ لنوع الإستعمال الذي فيه تشابه أو بنوع أخف منه. وإن كان للمستعير صلاحية الإستعمال المطلق على الوجه المحرر في القسم المطلق إذا كانت الإعارة مطلقة في الزمان والمكان ومقيدة في الانتفاع فليس له في القسم المفيد المخالفة بالتجاوز إلى ما فوق وبعبارة أخرى بالعدول إلى الشر. لكن كما إن له المخالفة بالعدول الى مماثل فله المخالفة أيضاً بالعدول إلى خبر لأن تقييد المعير إنما يعتبر إذا كان مفيداً «تكملة رد المحتار».

لو استعير حيوان استعارة مطلقة في المكان يعني لو قال أحد لآخر أعرتك فرسي هذا على أن تستعمله شهراً واحداً فتحمل هذه الإعارة على الاستعمال في المصر فليس للمستعير الخروج به إلى خارج المدينة وإن خرج وتلف الفرس سواء أخرج به مع استعماله اياه أم بدون استعمال كان ضامناً كذلك لو استعار ثياباً على هذا الوجه فبما ان استعارته تحمل على لبسه الثياب في المدينة فلو لبسها خارج المدينة وتلفت كان ضامناً لكن إذا لم يستعملها وخرج بها إلى خارج المدينة فلا يكون ضامناً لأن المستعير على هذا التقدير يعد حافظاً اياه كما في المصر «الواقعات» والحاصل إذا قيدت الإعارة بالانتفاع وهذا التقييد أما أن يكون بالنظر إلى المنفعة أي بالنظر إلى نوع الانتفاع وهذا ما بينته هذه المادة وهو تقييد معتبر سواء أكان المستعار مما يختلف استعماله باختلاف المستعملين كالفرس والثوب أم لم يكن كالغرفة.

مثلاً ليس للمستعير أن يشتغل صنعة الحدادة في الحجرة التي استعارها للسكنى كذلك الحكم في الإجارة على هذا المنوال أيضاً كما هو مبين في المادة «٤٢٦».

وأما أن يكون التقييد بالنظر إلى المنتفع وهذا هو المبين في المادة «٨١٩» ويعتبر التقييد بالمنتفع في الشيء الذي لا يختلف باختلاف المستعملين ولهذا يوجد فرق بين التقييد بالمنفعة والتقييد بالمنتفع كذلك الحكم على هذا المنوال في الإجارة أيضاً كما هو مذكور في المادتين «٤٢٧ و ٤٢٨».

المثال الأول للفقرة الأولى: لو استعار دابة ليحملها حنطة فليس له أن يحملها حديداً أو حجارة أو لبناً أو قطناً أو تبناً أو حطباً أو تمراً لأنه وإن تساوت الأشياء المذكورة وزناً فالحديد مثلاً يجتمع في محل واحد من ظهر الدابة أما القطن فيأخذ مكاناً واسعاً من ظهرها فيتجاوز مكان الحمل.

المثال الأول للفقرة الثانية: كما إن له أن يحمل عليها حنطة فله أن يحملها شيئاً مساوياً للحنطة أو أخف منها ويفهم من الإيضاحات الآنفة أن هذه الخفة ليست في الوزن أنظر شرح المادة «٥٥٩».

المثال الثاني للفقرة الثانية: لو استعار ثوراً لحراثة مزرعة معينة فله أن يحرث عليه تلك المزرعة أو مزرعة أخرى أخف منها.

مثال ثان للفقرة الأولى: ليس له أن يحرث مزرعة اقسى تربة من تلك المزرعة وحراثها أثقل. وإن فعل وتلف كان ضامناً.

مثال ثالث للفقرة الأولى: لو قيد المستعير بالإنتفاع بالمستعار بنفسه أو بأن يجعل فلاناً ينتفع به فلا يجوز مخالفة هذا القيد فيما يختلف باختلاف المستعملين كركوب الحيوان.

مثال ثالث للفقرة الثانية: ما لا يختلف باختلاف المستعملين كالسكن والحمل فللمستعير أن ينتفع به بنفسه أو لغيره على الوجه الذي يريد لأن التقييد في هذا غير معتبر.

المثال الرابع للفقرة الأولى: وكذلك ليس له أن يحمل الدابة التي استعارها للركوب.

المثال الرابع للفقرة الثانية: وأما الدابة المستعارة للحمل فانها تركب. كما في الإجارة وقد بين ذلك في المادتين (٥٥٠ و ٥٥٨).

ولنبادر الى ايضاح هذه المادة على الوجه الآتي:
تقسم مخالفة الانتفاع المسمى أي العين من طرف المعير إلى قسمين:

القسم الأول: المخالفة في المثل وهذه المخالفة جائزة. وذلك كما لو استعار أحد دابة لتحميلها من صبرة حنطة معينة خمس كيلات فحملها خمس كيلات من صبرة حنطة أخرى أو لو استعار خمس كيلات حنطة لفلان وحملها خمس كيلات حنطة لرجل آخر والحاصل أنه لما كان التعيين هنا غير معتبر ومخالفته جائزة فلو ترتب من جراء ذلك ضرر على الدابة فلا يلزم المستعير ضمان بناء على المادة (٩١) لأن اعتبار تقييد المعير مشروط بكونه مفيداً (البحر).

القسم الثاني: المخالفة في الجنس إذا وقعت مخالفة في ذلك ينظر، فإذا كانت المخالفة هذه إلى خير أي إذا كان الحمل الذي صار تحميله أخف من الحمل المسمى كانت هذه المخالفة جائزة. كتحميل الدابة التي استعيرت على أن تحمل خمس كيلات حنطة خمس كيلات شعير. فلو تلف الحيوان في هذه الصورة فلا يلزم المستعير ضمان أنظر المادة (٩١). وإذا كانت المخالفة المذكورة إلى شر أي إلى أثقل وأضر كانت المخالفة غير جائزة. وإن خالف لزمه الضمان كما في أمثلة المجلة. كذلك لا يحمل على الدابة التي استعيرت على أن تحمل خمسين أوقية حنطة خمسين أوقية تبناً. لأن التبن لما كان خفيفاً يأخذ من ظهر الدابة زيادة عن محل الحمل فهو مضر بالدابة حينئذ (تكملة رد المحتار).

لكن لو حمل خمس كيلات شعير ونصفاً على الدابة التي استعارها ليحمل عليها خمس كيلات حنطة وكانت الخمس كيلات والنصف من الشعير مساوية للخمس كيلات من الحنطة وزناً فقد اختلف الفقهاء في لزوم الضمان أو عدمه في حال كهذه. قد صرح في التنقيح عدم لزوم الضمان وذكرت الولوالجية أيضاً صحة عدم لزوم الضمان أما الهداية والنهاية فقد ذكرت أن هذه المخالفة مخالفة إلى الشر وأنه يلزم الضمان بسبب أخذ الشعير على ظهر الدابة أزيد من الحنطة وفي ذلك ضرر للحيوان (البحر).

القسم الثالث: المخالفة في القدر أي في الزيادة وقد قيل (الزيادة) لأن المخالفة إلى النقصان لا تعد مخالفة بل تكون موافقة كما يستفاد من المادة (٨١٨) من المجلة. كتحميل أربعين كيلة حنطة على الدابة

التي استعارها ليحمل عليها خمسين كيلة فعلية لا تجوز المخالفة بصورة الزيادة فإذا وقعت المخالفة على هذه الصورة ينظر. فإذا كانت الدابة تطيق حمل الحمل الذي حمل عليها ضمن المستعير بنسبة الزائد عن الحمل المسمى وعليه لو حمل ست كيلات حنطة على الدابة التي استعارها على أن يحمل عليها خمس كيلات فقط وتلفت الدابة وكانت تطيق حمل الست الكيلات فيضمن المستعير سدس قيمة الدابة فقط لأنه يقتضي توزيع الضمان على المقدار المأذون فيه والمقدار غير المأذون فيه فيسقط الضمان عن المقدار المأذون فيه وإذا كانت الدابة لا تطيق ذلك الحمل ضمن المستعير كل قيمتها لأن المستعير على هذا التقدير قد استهلك تلك الدابة.

ونظير هذه المسألة في الإجارة قد مرت تفصيلاتها اللازمة في المادة (٥٥٩) وشرحها للأقسام الأخرى في المخالفة:

المخالفة إما أن تكون في المثل والقدر معاً أو تكون في الجنس والقدر معاً إلا أن الأول من الصورتين داخل في الثالث كما إن الثاني منه داخل في القسم الثاني والثالث فلذلك لا يلزم عدها أقساماً أخرى.

الصورة الثانية، تدخل في الثاني والثالث مما مر فلذلك لم يبق حاجة لأن يعد أقسام أخرى.

فلو طحن إحدى عشرة كيلة على الدابة التي استعارها على أن يطحن عليها عشر كيلات أي أن يدور عليها الطحن وتلفت الدابة كان ضامناً جميع قيمتها لأنه لما طحن عشر كيلات انتهى إذن المعير والاستعمال بعد ذلك في طحن الكيلة الحادية عشر بلا إذن المالك. وبناءً عليه كان المستعير غاصباً. لكن الحمل ليس كذلك لأن الحمل يقع دفعة واحدة. وعليه يقتضي ضمان جميع القيمة في الطحن مع أنه يلزم في الحمل الضمان أحياناً بمقدار الزيادة.

﴿المادة ٨١٩﴾ إذا كان المعير أطلق الإعارة بحيث لم يعين المنتفع كان للمستعير أن يستعمل العارية على إطلاقها. يعني إن شاء استعملها بنفسه وإن شاء أعارها لغيره ليستعملها سواء أكانت مما لا يختلف باختلاف المستعملين كالحجرة أم كانت مما يختلف باختلاف المستعملين كدابة الركوب. مثلاً لو قال رجل لآخر أعرتك حجرتي فالمستعير له أن يسكنها بنفسه وان يسكنها غيره وكذا لو قال أعرتك هذا الفرس كان للمستعير أن يركبه بنفسه وأن يركبه غيره.

ومعنى الاطلاق يفسر على الوجه الآتي:

وقد فسرت عبارة أطلق الإعارة بعدم تعيين المنتفع لأنه وإن وردت في المادة (٨١٦) عبارة الإطلاق إلا أن الإطلاق هناك بمعنى آخر (تكملة رد المحتار).

في هذه العبارة اطلاقان:

أولهما ـ الإطلاق الذي في عبارة (إذا كان المعير أطلق الإعارة). ومعنى هذا الإطلاق يوضح على الوجه الآتي.

المعار نوعان. النوع الأول، ما لا يختلف باختلاف المستعملين كالدار. النوع الثاني المعار الذي

يختلف باختلاف المستعملين كالثياب والفرس للركوب.

ويوجد في الإطلاق أي الإطلاق الوارد في عبارة (إذا كان المعير أطلق) الواردة في المجلة احتمالان بقطع النظر عن العبارة الأولى الاحتمال حتماً الأول النص على الإطلاق.

يعني كأن يقول المعير أعرتك هذه الدابة على أن تركبها من شئت. فعلى تقدير نص المعير على الإطلاق على هذا الوجه فللمستعير استعماله على الإطلاق سواء أكان المعار من الأشياء التي تختلف باختلاف المستعملين أم لم تكن من تلك الأشياء.

والإطلاق في الإجارة هو بهذا المعنى أي بمعنى النص على الإطلاق أيضاً (أنظر المادة ٥٢٢).

الاحتمال الثاني ـ هو الإطلاق الشامل للسكوت. يعني لو قال المعير أعرتك حيواني هذا. سواء أقال، لك اركابه من شئت أم لم يقل أي ولو لم يضم هذا التعبير على كلامه المتقدم وعلى معنى الإطلاق في الإحتمال الثاني لا اشتباه في أنه يجوز فيه إعارة المستعار لآخر أما في النوع الثاني فقد حصل اختلاف بين الفقهاء في جواز الإعارة للغير فقال الزيلعي بعدم جواز إعارته وذلك حيث يقول:

وينبغي أن يحمل هذا الإطلاق الذي ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والزراعة على ما إذا قال على أن أركب عليها من أشاء كما حمل الإطلاق الذي ذكره في الاجارة على هذا بخلاف صاحب الهداية فقد ذهب إلى أماكن إعارته وقال (لو استعار دابة ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره ألخ).

وكما يستفاد من مثال المجلة المذكورة أن المجلة لم تلتفت إلى ما بينه الزيلعي وقد أخذت بما صرحت به الهداية.

وعليه فيجب إيجاد الفرق بين الإعارة والإجارة يلزم النص على الإطلاق وإذا لم يعين الراكب كما لم ينص على الإطلاق كانت الإجارة فاسدة (أنظر المادة ٥٥٢). أما في الإعارة فيكفي السكوت والفرق في هذا الباب يظهر لك بمراجعة المسألة الخامسة في شرح المادة (٨٠٤).

الثاني ـ ويفسر الإطلاق الوارد في جملة «للمستعير استعمالها على وجه الإطلاق في التفسير» الآتي يعني للمستعير أن يستعمله بنفسه فقط دون غيره وإن شاء أن يجعل غيره ينتفع به بإعارته له دون نفسه. لأن الإعارة لما كانت كما ذكر في المادة (٨١٢) عبارة عن تمليك المنافع فتجوز إعارة المستعير المستعار، لأن للمالك أن يملك غيره ما يملكه كما يملك المستأجر الإيجار. (أنظر المادة ٥٨٧) البحر.

جاء في المجلة (إن شاء. . . وإن شاء. . .) فيفهم من ذلك أن للمستعير اختيار إحدى تلك المنفعتين فقط. لأنه لا يستطيع المستعير في العارية التي تختلف باختلاف المستعملين أن يجمع بين المنفعتين وقد أشير إلى ذلك في الشرح بقيد (فقط).

بناءً عليه لو استعار أحد دابة للركوب فركبها هو واركبها غيره أيضاً يعني أردفه خلفه وتلفت فإذا كانت الدابة قادرة على حمل الإثنين معاً ضمن نصف قيمتها لأن التلف حاصل من ركوب الإثنين وبما إن أحدهما مأذون فيه فالمقدار الذي يصيبه هدر (تكملة رد المحتار).

أما إذا لم تكن الدابة قادرة على حملها فيضمن كل قيمتها. أنظر لاحقة شرح المادة (٥٥١) لكن هل يمكنه الجمع بين الإثنين في الأشياء التي لا تختلف باختلاف المستعملين؟ وقد مر في شرح المادة (٤٢٨) أن له في الإجارة الجمع بينهما. سواء أكانت العارية مما لا يختلف باختلاف المستعملين كالغرفة أم كانت مما يختلف باختلاف المستعملين كفرس الركوب يعني أن للمستعير في هاتين الصورتين أن يعير المستعار لآخر.

جاء في هذه الفقرة فرس الركوب. وقد بين في شرح المادة (٤٢٧) ان فرس الركوب من الأشياء التي تختلف باختلاف المستعملين.

أما فرس التحميل من الأنواع التي لا تختلف باختلاف المستعملين. (أنظر شرح المادة ٥٥١).

مثلاً لو قال أحد لآخر أعرتك حجرتي وقبل المستعير الإعارة أيضاً فالمستعير إذا شاء أقام في الحجرة وإذا شاء أسكن غيره فيها. لكن هل يجوز له أن يسكنها هو ويسكن غيره معه؟ أما في الإجارة فقد سبق أنه يجوز ذلك كما جاء في شرح المادة (٤٢٨).

وهذا المثال لا يختلف باختلاف المستعملين.

وكذا لو قال أحد لآخر أعرتك فرس الركوب هذا وقبل المستعير الإعارة ففي هذه الصورة للمستعير أن يركبه بنفسه وله أن يركبه غيره لأن المعير قد أمر المستعير بالانتفاع مطلقاً والمطلق عام وشامل للانتفاع كما يشاء في أي وقت أراد (أنظر المادة ٦٤). وجهة التعيين عائدة إلى المستعير. وهذا يعني التعيين يحصل بفعل المستعير.

وهذا مثال لما يختلف باختلاف المستعملين وتحتاج مسألة تحميل الفرس حملاً إلى إيضاح فهل للمستعير في هذا المثال أن يحمل حمله أو يعيره لآخر على أن يحمل عليه؟ ينظر فإذا كان الفرس جواداً معداً للركوب مثلاً فليس له التحميل ولو أعير على الإطلاق كما مر في المثال. لأن العادة أن الجواد العربي لا يحمل والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً أنظر المادة (٤٣).

وعليه فلو حمل المستعير عليه حملاً وتلف لزم الضمان ولو كان ما حمله مما يطيقه الجواد. (تكملة رد المحتار).

كذلك لو قال أحد لآخر أعرتك هذه الثياب فللمستعير أن يلبسها أو يلبسها غيره (جواهر الفقه) وقد اختلف الفقهاء في انتفاع آخر في الإعارة المطلقة بعد تعيين فعل المستعير. يعني لو أعير مال على ما جاء في هذه المادة إعارة مطلقة وكان مما يختلف باختلاف المستعملين. بعد أن تعين الانتفاع بفعل المستعير فليس له أن يجعل غيره ينتفع به يعني لو أركب المستعير أولاً غيره على الفرس المذكور في مثال المجلة فلا يحق له أن يركب الفرس بعد ذلك كما بين بعض الفقهاء وقد قال الزيلعي بصحة هذا القول وهو موافق أيضاً للفقرة الأخيرة من المادة (٥٥٢). وعلى هذا القول لو ركب المستعير الدابة أولاً ثم نزل عنها وأركبها غيره وتلف الفرس لزم الضمان كما لو أركب غيره ثم أنزله وركب هو الفرس وتلف الفرس لزمه الضمان. لأنه لما تعين الراكب بالفعل فالمخالفة بعد ذلك تكون تعدياً مع أن بعض الفقهاء قالوا بأن

للمستعير صلاحية في ذلك مثلاً لو ركب المستعير أولاً ثم أركب غيره وتلف الفرس فقد قالوا بعدم الضمان بناءً على المادة (٩١) لأنه لو استعار أحد الفرس المذكور من المستعير وركبه وتلف قلاً يلزمه ضمان لأنه إنما استعمله باذن المستعير وتمليكه وكذلك لو ركبه هو بعد أن أركبه غيره وتلف فبطريق الأولوية لا يلزم ضمان. لأن المستعير قد استعمل المنافع لكونه مالكاً لها ولو لم يكن مالكاً لها لما استطاع تمليكها للغير. (تكملة رد المحتار، وقاضيخان).

وعليه وإن لم تشر المجلة إلى اختيارها أحد القولين فقد اختارت المتون الفقهية كالمنتقى والهداية القول الأول كما ان الكافي والزيلعي قالا بصحة القول المذكور فلذلك يجب العمل به. والحال أن المسألة في الإجارة هي على القول الثاني أنظر المادة (٥٥٢) وعليه يجب إيجاد الفرق بين الإجارة والإعارة في هذه المسألة. والفرق هو أن الإجارة لما كانت من المعاوضات فهي مبنية على المماكسة. أما الإعارة فيما أنها من التبرعات فهي مبنية على المسامحة.

ورد في هذه المادة (بلا تعيين المنتفع). لأن المنتفع إذا تعين فليس لغير المستعير الانتفاع كما هو مذكور في المادة الآتية مثلاً لو عين المعير للمستعير أن يستعمل المستعار بنفسه أو بأجيره فلان كان ذلك معتبراً وليس للمستعير أن يخالف هذا التعيين.

﴿المادة ٨٢٠﴾ - (يعتبر تعيين المنتفع في إعارة الأشياء التي تختلف باختلاف المستعملين ولا يعتبر في إعارة الأشياء التي تختلف به إلا أنه إن كان المعير نهى المستعير عن أن يعطيه لغيره فليس للمستعير أن يعيره لآخر ليستعمله. مثلاً لو قال المعير للمستعير أعرتك هذا الفرس لتركبه أنت فليس له أن يركب خادمه اياه. وأما لو قال له أعرتك هذا البيت لتسكنه أنت كان للمستعير أن يسكنه وأن يسكن فيه غيره لكن اذا قال له أيضاً لا تسكن فيه غيرك فليس له حينئذ أن يسكن فيه غيره).

يعتبر تعيين المنتفع في إعارة الأشياء التي تختلف باختلاف المستعملين كما هو الحال في الإجارة حسب ما ورد في المادة (٤٢٧) لأن المعير يكون راضياً باستعمال الشخص المعين الذي عينه بعقد الإعارة ولم يرض باستعمال شخص آخر له (تكملة رد المحتار) كركوب الدابة ولبس الثوب فلذلك ليس للمستعير مخالفة التعيين المذكور والسبب في اعتبار التعيين على هذا الوجه هو احتمال أن يكون الفعل الثاني أي فعل المستعير الثاني أكثر ضرراً من فعل المستعير الأول ولما كان المعير راضياً باستعمال المستعير وعير راض باستعمال غيره فلزم اعتبار التعيين لدفع زيادة الضرر عن المعير (الكفاية والهداية).

وليس تعيين الانتفاع في الإعارة معتبراً في الأشياء التي لاتختلف باختلاف المستعملين كما هو الحال أيضاً في الإجارة حسب ما جاء في المادة (٤٢٨). لأن التقييد في هذه الأشياء عديم الفائدة كحمل الدابة وسكنى الدار.

لكن تجري هذه التفصيلات فيما إذا لم ينه المعير المستعير عن إعطاء المستعار لغيره. أما إذا نهاه عن إعطائه لغيره كان النهي معتبراً حيث لا اعتبار للدلالة في مقابلة التصريح كما جاء في المادة (١٣) فليس للمستعير على كل حال أن يعيره لآخر ليستعمله سواء أكان المستعار لا يختلف باختلاف المستعملين كالدار أم كان مما يختلف وإن فعل وتلف كان ضامناً (البحر).

مثلاً لو قال المعير للمستعير أعرتك هذا الفرس لتركبه أنت وفعل المستعير ذلك فليس لذلك الشخص أن يركب الفرس خادمه أو شخصاً أجنبياً. فلو مرض الفرس وهلك كان ضامناً. لأن ركوب الفارس المتمرن ليس كركوب السوقي.

كذلك ليس له أن يركب هو ويركب غيره معه. يعني أنه ليس له أن يردفه وإن فعلا وتلف الفرس ينظر فإذا كان الفرس يطيق حملهما معاً ضمن نصف قيمته. لأن التلف ناشئ عن ركوبهما معاً ولما كان ركوب أحدهما مأذوناً فيه فلا يلزم الضمان لأجله ويلزم ضمان نصف القيمة لأجل ركوب الآخر (البحر) أما انه إذا أردف صبياً فيجب ضمان مقدار ثقله ولا يجب ضمان النصف أنظر لاحقة شرح المادة (٦٥١) (تكملة رد المحتار).

كذلك لو قال أحد لآخر أعرتك هذا الثوب لتلبسه أنت فليس للمستعير أن يلبسه آخر لأن بين لبس التاجر الثوب وبين لبس القصاب والقناء إياه بون شاسع. ولذلك فالتعيين فيه معتبر.

ومثال المجلة هذا والمثال الذي ذكر في الشرح أمثلة على الفقرة الأولى من هذه المادة.

والمال الذي لا تجوز إعارته لآخر لو أعير وتلف لزم الضمان. فلو أعار المستعير الشيء الذي لا تجوز إعارته لآخر بلا إذن وتلف في يد المستعير الثاني لزم الضمان وكان المعير مخيراً. إن شاء ضمن المستعير الأول وفي هذه الحال ليس للمستعير الأول الرجوع على المستعير الثاني. ما لم يكن تلفه في يد المستعير الثاني ناشئاً عن تعديه وتقصيره. وإن شاء ضمن المستعير الثاني. وفي هذه الحال ليس للمستعير الثاني الرجوع على الأول. ولو كان تلفه في يده بلا تعد ولا تقصير. أنظر شرح المادة (٦٥٨).

كذلك لو جاء أحد للمستعير وقال له: قد استعرت الدابة المعارة لك من صاحبها وأمرني بقبضها منك فصدقه وأعطاه اياها وتلفت في يده فإذا أنكر المعير يعني صاحب الدابة أمره ولم يثبت المستعير أمر المعير يضمن المستعير.

وفي هذه الصورة ليس للمستعير الرجوع على القابض لأنه لما كان المستعير مالكاً المستعار بالضمان فيفهم من إعطائه اياه أنه أعار ماله. والعارية بما أنها أمانة فلا ضمان فيها في حال تلفها بلا تعد ولا تقصير (أنظر المادة ٨١٣).

أما إذا أعطاها له ولم يصدقه أو صدقه وشرط الضمان عليه ثم تلف في يد المستعير الثاني فللمستعير الأول الرجوع على المستعير الثاني بما ضمن (أنظر المادة (٨٢٥).

أما لو قال أعرتك هذه الحجرة أو هذه الدار لتسكنها أنت كان للمستعير أن يسكنها وأن يسكن فيها

غيره بطريق الإعارة. أما بطريق الإجارة فليس له إسكان غيره كما هو مذكور في المادة (٨٢٣) وهذا مثال للفقرة الثانية من هذه المادة.

لكن لو قال المعير للمستعير لا تسكن غيرك فليس للمستعير إسكان غيره بطريق الإعارة أيضاً وهذا المثال للفقرة الثالثة من هذه المادة.

مع كونه لو قال المؤجر في الإجارة للمستأجر لا تؤجر المأجور لآخر فله الإيجار كما هو مبين في شرح كتاب الإجارة.

لاحقة - في اختلاف المعير والمستعير في الزمان والمكان وفي التقييد والإطلاق.

إذا اختلف المعير والمستعير في الزمان والمكان والمسافة أو في التقييد والإطلاق في نوع الانتفاع فالقول مع اليمين للمعير (جواهر الفقه). لأن المعير لما كان صاحب المال فهو أدرى بالطريق التي يملك بها منفعة ماله لآخر وكما كان القول له في أصل الإعارة فله القول أيضاً في صفتها. مثلاً لو ادعى المعير أنه أعطى الإذن بالانتفاع المقيد بفعل مخصوص وادعى المستعير الإطلاق فالقول للمعير في التقييد فلو قال المعير أعرته الدابة على أن يحمل عليها خمس كيلات شعير وقال المستعير انك أعرتني اياها على أن أحمل عليها خمس كيلات حنطة واختلفا على هذه الصورة فالقول مع اليمين للمعير. وكذلك لو اختلف المعير والمستعير فقال المعير قد أعرتك الدابة لتركبها من القدس إلى يافا وقال المستعير لا بل إلى غزة فالقول مع اليمين للمعير. أما لو أثبت المستعير دعواه بالبينة يقبل.

﴿المادة ٨٢١﴾-(ان استعير فرس لأن يركب إلى محل معين فإن كانت الطرق إلى ذلك المحل متعددة كان للمستعير أن يذهب من أي طريق شاء من الطرق التي اعتاد الناس السلوك فيها وأما لو ذهب في طريق ليس معتاداً السلوك فيه فهلك الفرس لزم الضمان. وكذلك لو ذهب من طريق غير الذي عينه المعير فهلك الفرس فإن كان الطريق الذي سلكه المستعير أبعد من الطريق الذي عينه المعير أو غير مأمون وخلاف المعتاد لزمه الضمان).

لو استعير حيوان للذهاب إلى محل معين وكانت الطريق الموصلة إليه متعددة ولم يعين المعير إحداها كان للمستعير أن يذهب من أي طريق شاء من الطريق التي اعتاد الناس الذهاب فيها إلى ذلك المحل. لأن العادة محكمة على ما جاء في المادة (٣٦) والعادة حجة يجب العمل بها بمقتضى المادة (٣٧) والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص وعلى هذا لو تلف الحيوان فلا يلزم المستعير ضمان أنظر المادة (٩١).

ولما لم يكن الذهاب جائزاً في طريق ليس معتاداً فلو ذهب وتلف أو ضاع كان ضامناً. لأن الإذن المطلق على ما جاء في المادة (٨١٦) يصرف إلى المتعارف. والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص بمقتضى المادة (٤٥) (وتكملة رد المحتار، والواقعات).

وكذلك لو ذهب إلى ذلك المحل من طريق غير الذي عينه المعير فهلك الفرس فإن كان الطريق

الذي سلكه المستعير أبعد من الذي عينه المعير أو كان أخوف أي غير مأمون وغير مسلوك أي خلاف المعتاد لزمه الضمان لأن ذلك مخالفة إلى شر والاذن لشيء لا يتضمن الاذن بما فوقه.

ويفهم من قول المجلة (أبعد) ان المستعير لو سلك طريقاً مساوياً للطريق الذي عينه المعير أي إذا لم يكن بين الطريقين فرط في الطول والسهولة وما اشبه من الخصوصات أو لو كان الطريق الذي سلكه أسهل فلا يلزم المستعير ضمان. لأن المخالفة إلى خير أو إلى المثل لا توجب الضمان. لأن الاذن بشيء اذن بما يساويه أو بما هو خير منه.

هذه المسألة مشتركة بين الإعارة والإجارة يعني قد مرت في المادة (٥٤٧) بعينها.

﴿المادة ٨٢٢﴾ - (إذا طلب شخص من امرأة إعارة شيء هو ملك زوجها فأعارته اياه بلا إذن الزوج فضاع فإن كان ذلك الشيء مما هو داخل البيت وفي يد الزوجة عادة لا يضمن المستعير ولا الزوجة أيضاً. وإن لم يكن ذلك الشيء من الأشياء التي تكون في يد النساء كالفرس فالزوج مخير إن شاء ضمنه لزوجته وإن شاء ضمنه للمستعير).

يشترط أن يكون المعير مالكاً لمنفعة المال الذي أعاره أنظر شرح المادة (٨١٥) يعني إذا كان مالكاً له كانت الإعارة صحيحة.

وعليه إذا طلب شخص من امرأة إعارة شيء هو ملك زوجها فأعارته اياه بلا إذن الزوج وتلف في يد المستعير بلا تعد ولا تقصير أو ضاع أو طرأ على قيمته نقصان فإن كان ذلك الشيء مما هو داخل البيت وفي يد الزوجة عادة جازت الإعارة لأن الزوجة مستعيرة لذلك الشيء وللمستعير إعارة المستعار لآخر. كما مر في المادة (٨٢٠) وفي هذه الحال لا يضمن المستعير ولا الزوجة أيضاً أنظر المادتين (٩١ و٨١٣).

أما إذا لم يكن المعير مالكاً لمنفعة المعار فلا تصح الإعارة أنظر المادة (٩٦).

وعليه إذا لم يكن المعار من الأشياء التي توجد في يد الزوجة على جري العادة كالفرس والثور فلا تجوز هذه الإعارة فتكون الزوجة غاصبة والمستعير غاصب الغاصب والزوج مخير إن شاء ضمن زوجته قيمته وإن شاء ضمن المستعير بناء على المادة (٩١٠) (البحر وتكملة رد المحتار). وفي حالة ظهور مستحق للعارية كما بين في شرح المادة (٨١٣) فإذا ضمن أحدهما فليس له الرجوع بالضمان على الآخر لأنه لو صار تضمين الزوجة بما أنها مالكة للمال بطريق الإستناد فتكون قد أعارت مالها. والعارية أمانة في يد المستعير. وإذا صار تضمين المستعير فبما أن نفع عقد العارية عائد إلى المدفوع إليه كما هو مذكور في شرح المادة (٦٥٨) فليس للمستعير الرجوع على المعير.

﴿المادة ٨٢٣﴾ - (ليس للمستعير أن يؤجر العارية ولا أن يرهنها بدون إذن المعير وإذا استعار مالاً ليرهنه على دين عليه في بلد فليس له أن يرهنه على دين عليه في بلد آخر فإذا رهنه فهلك لزمه الضمان).

ليس للمستعير أن يؤجر العارية ولا أن يرهنها بدون إذن المعير لأنه لما كانت الإعارة من العقود غير اللازمة فهى دون الرهن والإيجار وبما أن الرهن والإيجار من العقود اللازمة التي هي فوق الإعارة فلا يتضمن الشيء ما فوقه (تكملة رد المحتار).

لأن عقد الإجارة لازم كما هو مذكور في المادة (٤٠٦) ونظراً لكون العارية غير لازمة فللمعير أن يرجع عنها في أي وقت أراد حسب المادة (٨٠٦) فلو جوزنا إجارة المستعار لاقتضى ذلك ألا يكون للمعير حق الرجوع قبل انقضاء مدة الإجارة وأن ينتظر حتى تنتهي مدة الإجارة بين المستعير والمستأجر وبهذا يتضرر المعير. أو أننا نقول في مقام الإثبات. لو كانت إجارة العارية جائزة لوجب أن نقول بلزوم ما لم يلزم (كالعارية) فلو جازت إجارة العارية لاقتضى ذلك لزوم العارية لعدم إمكان الإسترداد في مدة الإجارة وهذا مخالف لموضوعات العارية أو نقول بعدم لزوم ما يلزم كالإجارة وعدم لزوم الإجارة مخالف لموضوعاتها (البحر وتكملة رد المحتار) ويثبت عدم جواز الرهن في العارية على الوجه الآتي وهو أن الرهن بعد القبض يكون عقداً لازماً من جهة الراهن وهو كعقد الإجارة أي أنه لو جاز الرهن فأما أن يوجب ذلك لزوم ما لا يلزم وهو العارية أو يوجب عدم لزوم ما يلزم وهو الرهن.

ويثبت ذلك أيضاً بصورة أخرى وهو أن الرهن هو إيفاء وليس للمستعير أن يوفي دينه بمال الآخر بدون إذنه ويستفاد من إطلاق هذه المادة أن إيجار ورهن العارية غير جائز سواء أكانت من الأموال التي تختلف باختلاف المستعملين أم لا تختلف وقد ظهرت الأسباب التي جوزت إعارة المستعير للعارية التي تختلف باستعمال المستعملين وعدم جواز الإجارة فيها.

ويستفاد أيضاً من تعبير المادة هذه (بلا إذن) أن للمستعير إيجار العارية ورهنها بإذن المعير.

وقد ذكرت مسألة الإيجار في شرح المادة (٧٦٥) كما ان مسألة الرهن أيضاً قد ذكرت في متن وشرح الفصل الثاني من الباب الثالث من كتاب الرهن مفصلة فلتراجع وكذلك لو استعار مالاً ليرهنه على دين عليه في بلد فليس له أن يرهنه على دين عليه في بلد آخر وهذه الفقرة وإن كانت لا تفيد شيئاً أكثر مما تفيد المادة (٧٢٨) القائلة إذا كان إذن صاحب المال مقيداً بأن يرهنه في مقابلة كذا دراهم أو في مقابلة مال جنسه كذا أو عند فلان أو في البلدة الفلانية فليس للمستعير أن يرهنه إلا على وفق قيده وشرطه إلا أنها كررت هنا توطئة وتمهيداً للفقرة الآتية.

وإن فعل أي لو آجر المستعير العارية من آخر بلا إذن المعير أو إذا استعار مالاً ليرهنه في مقابل دين عليه في بلدة فرهنه في مقابل دين آخر عليه في بلدة أخرى وتلفت العارية أو ضاعت لزم الضمان على المستعير الأول مع المستعير الثاني أو المرتهن وقت التسليم أي يلزم ضمان قيمتها يوم تسليمها لأن المستعير يعتبر متعدياً بالتسليم المذكور وهذا الإيجار والرهن والتسليم من قبيل الغصب أما إذا لم يتلف فللمعير حق في استرداده.

إيضاح الإيجار: لو آجر المستعير المستعار على هذا الوجه لآخر بدون إذن المعير كانت هذه الإجارة فضولية ويجري فيها حكم المادة (٤٤٧) من المجلة. وفي هذه الصورة إذا مضت مدة الإجارة قبل الإجازة

تكون الأجرة للمستعير إلا أنه لما كانت الأجرة حاصلة من سبب خبيث وهو استعمال مال الغير فلا تحل له ويلزمه أن يتصدق بها (الشبلي).

إيضاح الضمان: ولو آجر المستعار لآخر على الوجه المحرر وتلف في يد المستأجر ولو بلا تعد ولا تقصير كان المعير مخيراً. فإن شاء ضمن المسنعير الذي هو المؤجر قيمته في زمن تسليمه للمستأجر لأن المستعير كما ذكر آنفاً يكون متعدياً وغاصباً وقت التسليم أي بتسليمه المستعار للمستأجر. وعلى هذا التقدير فليس للمستعير الرجوع على المستأجر بما يضمن. وهذا إذا لم يحصل التلف بتعد وتقصير. لأن المستعير نظراً لكونه يملك المستعار بالضمان فانه يكون قد آجر ماله. والمأجور في يد المستأجر أمانة كما جاء في المادة (٦٠٠). لكن لو تلف المأجور في يد المستأجر بتعديه وتقصيره فللمستعير الرجوع على المستأجر بما يضمنه للمعير أنظر المادة (٦٠٢) وإن شاء ضمن المستأجر لأن المستأجر لما كان قد أخذ وقبض مال المعير بلا إذنه فيكون في حكم المستأجر من الغاصب. وفي هذه الصورة إذا لم يكن المستأجر عالماً بكون عين المأجور في يد المؤجر أمانة فله أن يرجع المستعير الذي هو مؤجره بالشيء الذي ضمنه ليدفع عن نفسه ضرر الغرور المادة (٦٥٨) (تكملة رد المحتار).

أما إذا كان المستأجر يعلم يكون عين المأجور أمانة في يد المؤجر فليس له الرجوع.

لأن المستعير في هذه الصورة لا يكون قد غر المستأجر. إذ يكون هذا المستأجر كالشخص الذي يستأجر مالاً في يد الغاصب وهو يعلم بأنه مغصوب. (البحر وجواهر الفقه).

إيضاح رهن وتسليم المستعار بلا إذن: -

لو رهن المستعير المستعار عند آخر بلا إذن المعير فالمستعير في حكم الغاصب والمرتهن في حكم غاصب الغاصب. لأن المرتهن قد أخذ مال الغير بلاإذنه. بناءً عليه لو تلف المستعار في يد المرتهن كان المعير مخيراً إن شاء ضمن الراهن أي المستعير.

وفي هذه الصورة لما كان الراهن أي المستعير مالكاً له يسقط الدين على ما جاء في لاحقة شرح المادة (٧٤١) وإن شاء ضمن المرتهن، لأن المرتهن قد أخذ مال المعير بلا إذن. فإذا ضمن المرتهن فيكون المرهون تلف على كونه ملكاً للمرتهن فلذلك للمرتهن طلب دينه من الراهن إذ تبين أنه لا يوجد في مقابلة هذا الدين رهن وليس للمرتهن الرجوع على الراهن بالشيء الذي ضمنه سواء كان المرتهن عالماً بأن الراهن مستعير أم كان غير عالم. لأن الرهن عقد تبرع تعود منفعته على المرتهن المدفوع إليه. أنظر شرح المادة (٦٥٨) تكملة رد المحتار.

لكن لو رهن المرتهن الرهن الذي في يده بلا إذن الراهن عند مرتهن آخر وسلمه له وتلف في يده فصاحب المال الراهن الأول مخير. إن شاء ضمن الراهن الثاني الذي هو المرتهن الأول وإن شاء ضمن المرتهن الثاني وإذا ضمن المرتهن الثاني فللمرتهن الثاني الرجوع على المرتهن الأول (أبو السعود المصري). كما صار تفصيله في شرح المادة (٧٤٣).

﴿المادة ٨٢٤﴾-(للمستعير أن يودع العارية عند آخر فإذا هلكت في يد المستودع بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان. مثلاً إذا استعار دابة على أن يذهب بها إلى محل كذا ثم يعود فوصل إلى ذلك المحل فتعبت الدابة وعجزت عن المشي فأودعها عند شخص ثم هلكت حتف أنفها فلا ضمان).

للمستعير أن يودع العارية التي تجوز إعارتها عند آخر أي عند أمينه. لأن للمستعير كما هو مبين في شرح المادة (٨٢٠) أن يعيرها لآخر ويكون المستعار في يد المستعير الثاني أمانة وعليه فايداع المستعير للإعارة هو دون إعادتها لأن في الإعارة تمليكاً للمنفعة وإيداعاً معاً وإن من يملك الأعلى يملك الأدنى بطريق الأول فلذلك يوجد فرق بين العقدين (تكملة رد المحتار).

وبناءً عليه لو تلفت العارية في يد المستودع بلا تعد ولا تقصير أو طرأ على قيمتها نقصان فلا يلزم المعير ولا المستعير ضمان وعدم لزوم المستعير ضمان مبني على المادة (٩١) القائلة: (الجواز الشرعي ينافي الضمان كما أن عدم لزوم المستودع الضمان مبنى على ما هو مذكور في المادة (٧٧٧) المتضمنة عدم لزوم الضمان على المستودع في التلف الذي يحصل بلا تعد ولا تقصير وقيد (بلا تعد ولا تقصير) في هذه المادة بالنسبة إلى المستعير ليس قيداً احترازياً. أما بالنسبة إلى المستودع فهو قيد احترازي. فلو تلفت تلك العارية في يد المستودع وإن كان بتعدى المستودع أو تقصيره أو طرأ على قيمتها نقصان فلا يلزم المستعير الضمان بمقتضى المادة (٩١). كما يتضح لك في شرح المادة (٨٢٨). أما لو تلفت العارية بتعدي المستودع أو تقصيره على هذا الوجه لزم المستودع الضمان بناء على المادة (٣٨٧).

اختلاف الفقهاء في إيداع العارية: في إيداع العارية قولان. فالإيداع المذكور على قول ليس جائزاً ويجوز على قول آخر.

ونظراً لكون القول بالجواز هو القول المفتى به فقد قبلت المجلة هذا القول.

ويتفرع عن الاختلاف المذكور هذه المسألة. فلو رد المستعير العارية مع أمينه الأجنبي للمعير وتلفت العارية في يد الأمين لزم الضمان على القول الأول، أما على القول الثاني فلا يلزم ضمان (البحر).

ويلزم استثناء مسألتين من جواز إيداع آخر العارية، يعني لا يجوز إيداع آخر العارية في مسألتين:

المسألة الأولى ـ العارية التي لا تجوز إعارتها لآخر. فهذه العارية قد اتفق الفقهاء على عدم جواز إيداعها ويفهم ذلك من الدليل الذي ذكر لاثبات هذه المادة أنظر المادة (٨٢٠) وشرحها. بناءً عليه لو ذهب المستعير على الفرس الذي استعاره ليركبه بالذات فاودعه أحداً هناك كما هو مذكور في المثال الآتي وتلف في يده كان ضامناً.

المسألة الثانية ـ لو أودع المستعير المستعار عند آخر بعد آخر بعد أن نهاه المعير عن إعطائه لغيره وتلف كان ضامناً. أنظر المادة (٨٢٠).

أما إذا أعاد المستعير المستعار للمعير صحيحاً وسالماً بدون أن يتلف أو يطرأ على قيمته نقصان وتلف بعد الإعارة بيد المعير فلا يلزم ضمان مثلاً إذا استعار شخص دابة للذهاب بها إلى محل كذا ثم العودة منه على الإطلاق يعني بدون لتقييده وركوبه اياها فركبها فوصل إلى ذلك المحل فتعبت الدابة وعجزت عن المشي فأودعها عند شخص ثم هلكت حتف أنفها أي هلكت في يد المستودع بلا تعد ولا تقصير بنفسها بريء المستعير أو المستودع ولا يلزمه ضمان.

وليس قوله فتعبت الدابة وعجزت عن المشي في هذا المثال قيداً احترازياً لأنه لما كان للمستعير كما ذكر في شرح هذه المادة إيداع العارية مطلقاً فلا حاجة إلى تحري أسباب مجبرة لجواز الإيداع إنما ذكر هذا القيد لبيان الحكم الأكثر.

﴿المادة ٨٢٥﴾ ـ (متى طلب المعير العارية لزم المستعير ردها إليه فوراً وإذا أوقفها وأخرها بلا عذر فتلفت العارية أو نقصت قيمتها ضمن).

متى طلب المعير العارية بالذات أو بواسطة وكيله لزم المستعير ردها إليه فوراً أي في الحال لأنه لما كانت منافع المستعار تحدث شيئاً فشيئاً فالملك في المنافع المذكور يثبت كلما حدثت تلك المنافع فعليه الرجوع عن العارية حسب المادة (٨٠٦) وطلب إعادتها هو عبارة عن الامتناع عن تمليك المنافع التي لم تحدث ولا شك أن للمعير حقاً في ذلك فعليه لو طلب المعير العارية على الوجه المحرر ولم يعدها المستعير إليه وبقي يستعملها لزم ضمان المنفعة إذا كانت معدة للاستغلال. وإلا فلا كذلك لو كان المعار مال وقف أو مال يتيم فلا تجوز إعارته ويلزم أجر المثل في مدة الإعارة كما هو مبين في شرح كتاب الإجارة.

إيضاح القيود:

١ ـ متى طلب: يفهم من هذا التعبير المطلق إذا طلب المعير العارية بالذات يلزم ردها كما يلزم ردها أيضاً لو طلبها بواسطة وكيله أو رسوله. أنظر المادة (١٤٥٩).

وعليه لو راجع أحد المستعير وقال له أن المعير أعارني المستعار الذي في يدك وأمرني بقبضه فصدق المستعير الشخص المذكور وأعطاه المستعار ثم أنكر المعير أنه أمر ذلك الشخص على هذا الوجه فإذا أثبت المستعير الأمر فبها وإلا فالقول مع اليمين للمعير فإذا حلف المعير كان المستعير ضامناً المال المستعار. أنظر شرح المادة (٨١٤). وليس للمستعير الرجوع على ذلك الشخص بما ضمن. وإن المعير ظلمه بانكار الإذن ولما كان ليس للمظلوم أن يظلم الآخر فليس له الرجوع على ذلك الشخص أنظر المادة (٩٢١)، لكن المستعير لو كذب ذلك الشخص في إفادته المذكورة أو لم يصدقه ولم يكذبه بها أو صدق مع اشتراط الضمان وأعطاه المستعار فله أن يضمنه اياها أنظر شرح المادة (٨٢٠).

إذا ضاع المستعار في يد المستعير وعند طلب صاحبه له لم يخبره بضياعه ووعد برده ثم بعد ذلك أخبره بضياعه بلا تعد ولا تقصير فإذا لم يصدقه المعير فلا يقبل إدعاؤه للتناقض في ظاهر الرواية ويلزم المستعير الضمان.

لكن إذا لم يطلبه المعير أو وكيله أو رسوله ولم يعده المستعير وتلف فلا يلزم المستعير ضمان في الإعارة المطلقة أما إذا كانت مقيدة فيلزم الضمان كما هو مذكور في المادة الآتية (تكملة رد المحتار).

٢ ـ الرد والتسليم: لو ادعى المستعير رده وتسليمه المستعار قبلاً فالقول مع اليمين للمستعير بمقتضى المادة (١٧٧٤) وليس المستعير مجبراً على إثبات هذا الإدعاء. أما لو ادعى المستعير أنه رد المستعار وأثبت ذلك وادعى المعير أن المستعار تلف في يد المستعير بتعدي المستعير وأثبت ذلك رجحت بينة المعير (الوجيز) أنظر المادة (٨٦).

٣ ـ (فوراً): وهذا القيد يوضح على الوجه الآتي وبعد الطلب المذكور على هذا الوجه إذا وقفها في يده بلا عذر أي إذا لم يكن عاجزاً عن رده للمعير واخر ردها إلى المعير أو وكيله أو رسوله يعني لم يردها فوراً وابقاها عنده بلا رضا المعير وتلفت العارية في يد المستعير أو ضاعت أو طرأ على قيمتها نقصان ضمن في حال التلف والضياع جميع قيمتها وفي حال النقصان أي نقصان قيمتها فقط.

كذلك الحكم على هذا المنوال في الوديعة كما هو مذكور في المادة (٧٩٤). ويجب في نقصان القيمة العمل بأحكام المادة (٩٠٠) من المجلة كذلك لو طلب المعير العارية من المستعير فقال له المستعير نعم أعطيك اياها ومضى شهر ثم تلفت بعد ذلك العارية في يد المستعير فإذا كان المستعير عاجزاً عن رد العارية في وقت الطلب لا يلزمه ضمان وكذلك إذا كان المستعير غير عاجز عن ردها إلا أن المعير رضي صراحة في بقائها في يد المستعير كان يقول المعير للمستعير لا بأس فلا يجب الضمان أيضاً أما إذا كان المعير لم يرض ببقائها أي لم يرض بتأخير المستعير ردها وأظهر الكره والسخط لعدم ردها أو سكت كان المستعير ضامناً (تكملة رد المحتار).

جاء في هذه الفقرة بلا عذر. لأن التأخير إذا كان بعذر فلا يلزم الرد إلى زوال العذر وبعد ذلك يلزم الرد فلو أعار أحد آخر دابة إعارة مطلقة وربطها المستعير في اصطبله وذهب إلى السوق فصادفه المعير وطلب منه إعادة العارية فتأخيره اياها إلى أن يعود إلى داره معفو حتى لو تلفت الدابة في تلك المدة فلا يلزم المستعير ضمان. كذلك الحكم على هذا المنوال في العارية المؤقتة نصاً أو دلالة كما هو مذكور في المادة الآتية.

كذلك لو أحضر المستعير الثوب المستعار فوراً يطلب المعير اياه فلم يجد أحداً من الأشخاص المذكورين في المادة (٨٢٩) ولما لم يمكنه تسليم العارية أمسكها في يده تلك الليلة فتلفت بلا تعد ولا تقصير فلا يلزمه الضمان. أما إذا وجد أحداً منهم ولم يسلمها له كان ضامناً.

﴿المادة ٨٢٦﴾ ـ (العارية الموقتة نصاً أو دلالة يلزم ردها للمعير في ختام المدة لكن المكث المعتاد معفو. مثلاً لو استعارت امرأة حلياً على أن تستعمله إلى عصر اليوم الفلاني لزم رد الحلي المستعار في حلول ذلك الوقت وكذلك لو استعارت حلياً على أن

تلبسه في عرس فلان لزم إعادته في ختام ذلك العرس لكن يجب مرور الوقت المعتاد للرد والإعارة).

العارية الموقتة نصاً أو دلالة فبما أنها تكون في ختام الوقت وديعة في يد المستعير فلا يجوز استعمالها ويلزم ردها للمعير في ختام المدة وليس له توقيفها زيادة عن الوقت المعتاد.

العارية الموقتة نصاً، هي الحاوية للتوقيت بوقت معين والموقتة دلالة، هي العارية المشتملة على التوقيت بعمل مخصوص والمادة (٨٢٧) تعبير عام لذلك. وعليه إذا لم يرد المستعير في ختام المدة وتلف في يده ولو بلا تعد ولا تقصير لزم الضمان سواء استعمله المستعير بعد ختام المدة أم لم يستعمله لأنه متى انتهت المدة يكون غاصباً بامساكه العارية لأنه لما كان اذن المعير موقتاً فإذا لم يردها المستعير في ختام المدة فيكون قد أمسك لنفسه مال غيره بلا إذن أنظر المادة (٨٩١).

اختلاف الفقهاء في لزوم الضمان في العارية الموقتة: -

قال بعض الفقهاء بلزوم الضمان في العارية الموقتة في حالة استعمال المستعير المستعار بعد مضي الوقت وقالوا بعدم لزوم الضمان إذا لم يستعمله المستعير ولم يطلبه المعير وتلف وهو محافظ عليه المستعير وقال البعض الآخر من الفقهاء بلزوم الضمان مطلقاً ويرى أن المجلة قد قبلت هذا القول وقد أفتى مشايخ الإسلام على الوجه المشروح كما ذكر في الفتاوى الفيضية وعليه وإن لم يذكر في المجلة في هذه المادة لزوم الضمان فيها إذا لم يرده وتلف. فالقائلون بلزوم رده قالوا بلزوم الضمان في حالة عدم الرد ومع ذلك فقد صرح في المادة (٨٢٧) بلزوم الضمان أما الذين لا يقولون بلزوم الضمان فيقولون بأنه لا تلزم الإعادة في العارية الموقتة بانتهاء المدة ويلزم الرد بعد الطلب (تكملة رد المحتار).

كذلك لو أعار المستعير في مثل هذه العارية الموقتة بعد ختام المدة العارية لآخر كان ضامناً سواء كان المستعار من الأموال التي تختلف باختلاف المستعملين أم لم تكن ويكون المعير مخيراً إن شاء ضمن المستعير الأول وإن شاء ضمن المستعير الثاني.

كذلك لو أعطى المستعير بعد ختام المدة في الإعارة الموقتة على هذا الوجه العارية إلى أجنبي لأجل توصيلها إلى المعير وتلفت في يده ضمن المستعير إذا كان أمسكها في يده بعد مضي الوقت أو تركها بيد الأجنبي.

لكن المكث المعتاد في ختام المدة في العارية الموقتة معفو. لأن العادة محكمة بمقتضى المادة (٣٦)، فعليه لو تلف المستعار في يد المستعير في أثناء مدة المكث المعتاد فلا يلزم ضمان. لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان. أنظر المادة (٩١). ويعرف المكث المعتاد بالعرف والعادة. لأنه يجب في مثل هذه الأحوال التي لم يعين مقدارها في اللغة والشرع الرجوع إلى العادة.

مثلاً لو استعارت امرأة حلياً على أن تستعمله إلى عصر اليوم الفلاني لزم رد الحلي المستعار في حلول ذلك الوقت. وهذا المثال للعارية الموقتة نصاً.

كذلك لو استعار دابة ليركبها إلى المحل الفلاني ذهاباً واياباً فيلزمه ردها إلى صاحبها عند الرجوع فإذا لم يردها مع كون الرد ممكناً وأبقاها عنده أياماً فسرقت من عنده يلزمه الضمان.

كذلك لو استعارت حلياً على أن تلبسه في عرس فلان لزم إعادته في ختام ذلك العرس وهذا المثال للعارية الموقتة دلالة.

مثال آخر: لو استعار أحد كتاباً لتحضير بحث فلو أتم البحث أو تركه لزمه رد الكتاب. لأن هذه العارية مقيدة معنى بمدة قراءة المستعير الكتاب. لكن يلزم في إعادة العارية الموقتة نصاً أو دلالة وردها مرور الوقت المعتاد. وعليه لو تلف المستعار في أثناء هذا الوقت في يد المستعير بلا تعد ولا تقصير لا يضمن.

وقد صرح في المادة (٧٩٤) أن رد الوديعة لازم بعد الطلب بخلاف العارية الموقتة فيلزم ردها بدون طلب والفرق بينهما هو: لما كان إمساك المستودع في الوديعة مبنياً على القبض السابق والقبض السابق المذكور للمالك وفي العارية أيضاً وإن كان إمساك المستعير مبنياً على القبض السابق لكن القبض السابق المذكور هو لنفس المستعير وعدم الضمان في الوقت المعين مبنى على الإذن ولا يوجد إذن بعد الوقت فيلزم الضمان بسبب إمساكه العارية لنفسه (تكملة رد المجتار).

﴿المادة ٨٢٧﴾-(إذا استعير شيء للاستعمال في عمل مخصوص فمتى انتهى ذلك العمل بقيت العارية في يد المستعير أمانة كالوديعة وحينئذ ليس له أن يستعملها ولا أن يمسكها زيادة عن المكث المعتاد وإذا استعملها أو أمسكها فهلكت ضمن).

مثلاً لو استعار أحد فأساً لتكسير جزع فيلزمه رده بعد تكسير الجزع. كما يلزم رد القدر والإناء المستعارين للغسيل بعد الانتهاء من غسل الثياب. وإن لم يردهما وأعارهما لآخر أو أودعهما عنده أو استعملهما فتلفا كان ضامناً كذلك لو أمسكهما في يده زيادة عن المكث المعتاد فانه يضمن ولو أمسكهما للاستعمال (تكملة رد المحتار).

والعارية التي في هذه المادة عارية موقتة دلالة أيضاً. وبناء عليه فانها تدخل في المادة الآنفة جاء في المادة المذكورة المثال القائل: (لو استعارت حلياً على أن تلبسه في عرس فلان لزم إعادته في ختام ذلك العرس) وهو مثال لها. وعلى ذلك فهذه المادة لا تفيد حكماً زائداً عن المادة الآنفة لو كانت عبارة أو (دلالة) الواردة في المادة الآنفة لم ترد فيها لكان لهذه المادة لزوم حقيقي.

﴿المادة ٨٢٨﴾ ـ (المستعير يرد العارية إلى المعير بنفسه أو بأمينه فإذا ردها بغير أمينه فهلكت أو ضاعت قبل الوصول ضمن).

المستعير يرد العارية إلى المعير أو إلى خادمه إلى المحل الذي يعد في العرف والمادة تسليماً بنفسه أو

بأمينه كما سيبين ذلك في المادة الآتية.

فإذا أراد المستعير العارية على الوجه المتعارف برئ، لأن المستعير قد ردها وأعادها على الوجه المتعارف أنظر المادة (٣٦). ومعنى ردها لأمينه إيداعها لأمينه.

وعليه فتكون هذه المادة في حكم المادة (٨٢٤). بناءً عليه فالأمين هنا أعم من الأمين الذي في عيال المستعير ومن الأجنبي أي من الأمين الذي لبس في عيال المستعير. إذ أنه اشترط في جواز الإيداع على ما ذكر في شرح المادة (٨٢٤) أن يكون ذلك الآخر أميناً.

والحاصل: للمستعير أن يرد العارية إلى المعير مع الشخص الذي يمكنه إيداعه اياها وفي هذه الحال إذا أتلف الأمين المذكور العارية أو استهلكها فلا يلزم المستعير ضمان بناء على المادة (٩١) ويلزم الضمان الأمين المذكور ليس إلا.

أما لو رد المستعير العارية مع غير أمينه وتلفت قبل الوصول أي قبل ردها وتسليمها للمعير أو طرأ على قيمتها نقصان أو استهلكها ذلك الشخص كان المستعير ضامناً. سواء أكانت العارية مطلقة أم مقيدة أم موقتة فالحكم فيها على حد سواء.

مثلاً لو أرسل المستعير العارية الموقتة بعد ختام المدة مع غير أمينه للمعير وتلفت في يده بلا تعد ولا تقصير كان المستعير ضامناً (تكملة رد المحتار، والتنوير والدرر).

﴿المادة ٨٢٩﴾ - (إذاكانت العارية من الأشياء النفيسة كالمجوهـرات يلزم في ردها أن تسلم ليد المعير نفسه وأما ما سوى ذلك من الأشياء فإيصالها إلى المحل الذي يعد التسليم فيه العرف والعارية تسليماً وكذا اعطاؤها إلى خادم المعير رد وتسليم. مثلاً الدابة المعارة تسليمها إيصالها إلى اصطبل المعير وتسليمها إلى سائسه.

العارية إذا كانت من الأشياء النفيسة التي لا تكون في يد الخدم كالمجوهرات يلزم في ردها أن تسلم ليد المعير نفسه بناءً عليه لو اعطيت هذه الأشياء إلى خادم المعير أو وضعت في داره أو اصطبله وتلفت قبل أن تصل إلى يد المعير كان المستعير ضامناً. لأن العادة والعرف لم يجريا على تسليم هذه الأشياء وأمثالها للخدم أنظر المادة (٣٦) البحر.

لكن إذا جرى العرف على تسليم هذه الأشياء النفيسة لبعض الخدم الخصوصيين ففي تلك الحال يجوز اعطاؤها لهم.

فعليه إذا كان يوجد عند الأعيان موظف أو خادم لحفظ تلك المجوهرات والعناية بها فمن الجائز تسليم تلك الأشياء النفيسة له.

كذلك إذا وجد في عيال المعير من يتولى أمور القبض والصرف ويدير سائر مصالحه فإذا جرت

العادة والعرف على تسليمه الأشياء النفيسة فيجوز تسليم تلك الأشياء له. أنظر المادة (٣٦).

أما ما سوى ذلك من الأشياء التي تكون في يد الخدم فإيصالها إلى المحل الذي يعد التسليم فيه في العرف والعادة تسليماً أو تسليمه لخادم المعير جائز. أنظر المادة (٣٦).

مثلاً الدابة المعارة تسليمها إيصالها إلى اصطبل المعير وهذا مثال لإيصالها إلى المحل الذي يعد التسليم فيه في العرف والعادة تسليماً أو يسلمها إلى سائسه وهذا مثال لإعطائها لخادم المعير. لأن التسليم على هذا الوجه لما كان متعارفاً يعول ويعتمد عليه ولما كان الاصطبل في يد المالك فرد المعار إليه كرده إلى صاحبه لكن بعض الفقهاء قال إذا كان الاصطبل خارج دار المعير فالإيصال إليه لا يعد تسليماً لأن الظاهر بقاء الحيوان هناك بلا حافظ (الزيلعي وتكملة رد المحتار).

قيل (اصطبله) لأن إيصاله إلى أراضي المعير ليس تسليماً (البحر).

وجاز تسليمه إلى سائسه لأنه لما كان المعير يحفظ حيوانه بواسطة سائسه فالتسليم إلى السائس عادة كالتسليم إلى صاحب الحيوان. لأنه لو سلمه إلى صاحبه فصاحبه يسلمه إلى سائسه. هل كلمة (سائسه) قيد احترازي؟ قال بعض الفقهاء أنه يجوز تسليم حيوان كهذا إلى خادم المعير. سواء كان الخادم مكلفاً بخدمة الحيوان يعني سائساً أم لم يكن. لأن السائس لا يمكنه أن يبقى الحيوان في يده دائماً بل يستعين بعضاً برفقائه من الخدم ويعتبر أن صاحب المال راض لذلك الخادم. وقد قال شيخ الإسلام علي البزدوي بصحة هذا القول (الزيلعي) وعلى هذا القول فقوله (سائسه) ليس قيداً احترازياً.

وبناءً عليه لو جاء خادم المعير أو سائسه مثلاً من طرف المعير يقبض الحيوان المعار من المستعير وبعد قبضه منه ضاع وأنكر المعير أنه مأمور من قبله بقبض المعار فلا يلزم المستعير ضمان. والحال أنه إذا أعطيت العارية لشخص آخر كما هو مذكور في شرح المادة (٨٢٥) لزم المستعير الضمان.

وقد ذكر في شرح المادة (٧٩٥) الاختلاف في صحة وعدم صحة رد الوديعة على الوجه المذكور في هذه المادة وليس رد المغصوب كرد العارية. وإن تعبير العارية هنا احتراز عن المغصوب. لأن الغاصب لا يبرأ ما لم يرد المغصوب إلى مالكه. لأن الواجب على الغاصب فسخ فعل الغصب وإزالته وهذا لا يكون إلا برد المغصوب لصاحبه ولا يكون بالرد لغيره (البحر) وسيعطى إيضاحات عن هذا في شرح المادة (٨٩٠).

﴿المادة ٨٣٠﴾ - (عندما يرد المستعير العارية التي في يده فمؤنتها أي كلفتها ومصارف نقلها تلزم المستعير).

تعود مؤونة رد كل عين على من تعود إليه منفعة قبضها أنظر المادة (٨٧). ويتفرع عن هذه القاعدة مسائل من أبواب متفرقة.

الإعارة: إذا أراد المستعير رد العارية التي في يده فمصاريف ردها ومؤونة نقلها عليه لأن المنفعة التي تحصل من العارية تعود عليه. وقد قبض المستعير العارية لمنفعته.

وتتفرع هاتان المسألتان عن كون مؤونة رد المستعار على المستعير:

المسألة الأولى: لو طلب المعير العارية وكان المستعير قادراً على ردها أيضاً وامتنع عن إعادتها للمعير بقوله له إحضر أنت وخذها أو أرسل حمالاً ليأخذها وتلفت في يده كان ضامناً.

المسألة الثانية: لو أمسك المستعير المستعار في يده بلا استعمال في العارية المؤقتة عن ختام المدة قائلاً ليحضر المعير ليأخذها وتلف في يده كان ضامناً (البحر).

الإجارة: إذا كان رد وإعادة المأجور يحتاج إلى حمل ومؤونة فاجرة نقلها تعود على الآجر كما هو مبين في المادة (٥٩٥). لأن قبض المأجور لمنفعة الآجر إذ أنه يستحق بدل الإجارة (البحر).

ويرد على هذه المسألة السؤال الآتي: وهو أن المستأجر أيضاً مالك منفعة المأجور فلذلك كان قبض المأجور لمنفعة المستأجر فيجب لذلك أن تلزم المستأجر مؤونة رد المأجور أو يجب على الأقل حسب هذه القاعدة أن تلزم المؤجر والمستأجر بالسوية.

الجواب: إنما يحصل للمستأجر المنفعة فقط مع بقاء العين وبما أن العين مرجحة على المنفعة فجعلت مؤونة الرد على المؤجر.

الرهن: مؤونة إعادة الرهن بعد فكه إلى الراهن على المرتهن (البحر). لأنه كما جاء في كتاب الرهن أي في شرح عنوان «كتاب الخامس في الرهن». ان قبض المرهون هو لتأمين دين المرتهن.

الغصب: مؤونة رد المغصوب ومصاريف نقله «كما جاء في المادة (٨٩٠)» على الغاصب لأنه يجب على الغاصب رد وإعادة المغصوب لمالكه وإزالة ما أتى من ضرر لصاحب المال بغصبه ماله (البحر).
استثناء: يستثنى من حكم هذه المادة المسألة الآتية وهي:

لو استعار أحد مال آخر ليرهنه في مقابل دين عليه ثم بعد ذلك لو فك الرهن فمؤونة رد هذا المال وإعادته تعود على المعير والفرق بين هذه العارية وبين غيرها أن المنفعة والفائدة في العارية التي تستعار لأجل الرهن هي للمعير فعليه لما كان يسقط دين المستعير في حالة تلف الرهن المستعار في يد المرتهن فللمعير أن يرجع على المستعير بالمقدار الذي سقط عنه من الدين حيث أن هذه العارية بمنزلة الإجارة (البحر) فعلى ذلك يكون لزوم مؤونة رد المستعار على المعير هو من فروع القاعدة التي بيناها في صدر هذه المادة.

﴿المادة ٨٣١﴾ - (استعارة الأرض للبناء عليها ولغرس الأشجار صحيحة إلا أن للمعير أن يرجع على الإعادة في أي وقت أراد وأن يطلب قلع ذلك أما إذا كانت الإعارة موقتة فيضمن المعير مقدار التفاوت الموجود بين قيمة الأبنية والأشجار مقلوعة حين قلعها وبين قيمتها مقلوعة في حالة بقائها إلى انقضاء المدة مثلاً إذا كانت قيمة الأبنية والأشجار مقلوعة في حالة قلعها في الحال إثني عشر

ديناراً وقيمتها على أن تبقى إلى انقضاء المدة عشرين ديناراً وطلب المعير قلعها في الحال فيلزمه إداء ثمانية دنانير).

استعارة الأراضي للبناء عليها ولغرس الأشجار صحيحة لأنه كما يجوز الإنتفاع بذلك بالشراء والإستئجار يجوز أيضاً بالإعارة ولم يكن المقصد من هذه المادة بيان حصر المنافع التي يجوز استعمالها في الإعارة إذ أنه يجوز استعارة الأراضي أيضاً للمراح ونصب الخيام وإيقاف وإقامة الدواب وللزراعة. كما أنه يجوز استعارة الحيوان للركوب وللحمل وللحراثة ولإيجاره لآخر ورهنه والحلي للتزيين وتزين الدار به والثياب للبس والدار لسكناها ووضع أمتعته فيها والجذوع لوضعها في البناء إلى غير ذلك من أنواع المنافع بل المقصود من هذه المادة الأحكام الواردة في الفقرة الثانية.

فللمعير أن يرجع عن الإعارة ولو بعد أن يبني المستعير في الأرض بناء أو يغرس شجراً والمستعير مجبر على رفع البناء وقلع الأشجار، ما لم يكن القلع مضراً بالأرض كما سيوضح ذلك قريباً. وقد جاز الرجوع عن الإعارة لأن الإعارة ليست عقداً لازماً أنظر المادة (٨٠٦).

بطلب قلعه، لأن المستعير شغل بملكه ملك المعير.

ونظير ذلك: ما جاء في المادة (٩٠٩): لو شغل أحد عرصة آخر بوضع كناسة أو غيرها فيها يجبر على رفع ما وضعه وتخلية العرصة (البحر).

وإذا كانت الإعارة غير مؤقتة لا يلزم المعير الضمان المحرر في القضية الآتية: وكذلك وليس للمستعير تضمين المعير النقصان الطاريء على البناء والأشجار بسبب القلع كما يفهم ذلك أيضاً من فقرة «ثم إذا كانت مؤقتة» لأنه لما كانت العارية عقداً غير لازم فلا يكون المعير في الإعارة المطلقة الواقعة على الوجه المذكور مغرراً للمستعير بل يكون المستعير هو الذي أغر نفسه وقد ظهر في هذه التفصيلات سبب لزوم الضمان في هذه الفقرة وظهر الفرق الموجود بينهما.

تملك المعير البناء والأشجار: للمعير حق آخر أيضاً فلو كان قلع البناء أو الغرس مضراً فللمعير أن يتملكها مقلوعة ولو لم يرض المستعير. يعني للمعير أن يتملك الأبنية والأشجار بقيمتها في الحال وقت رجوعه مقلوعة لأنه لما طرأ على أرض المستعير نقصان فله أن يتملك ذلك مستقلاً لدفع ضرره.

وليس للمستعير تملك الأرض ولو كان يطرأ نقصان في البناء أو الغرس بسبب القلع. لأن صاحب البناء الذي هو المستعير صاحب وصف. أما المعير فصاحب أصل فلذلك يرجح طرف صاحب الأصل.

لكن إذا لم يكن **قلعهما مضراً** بالأرض فليس للمعير أن يتملكهما جبراً يعني بدون رضا المستعير أما إذا رضي المعير بالتمليك والشراء والمستعير أيضاً بالتمليك والبيع كان تملك المعير وشراؤه صحيحاً. (أنظر المادة (٥٣١) وشرحها.

والحاصل - إذا كان قلع البناء والأشجار مضراً بالأرض فللمعير الصلاحية في تملكهما جبراً وليس للمستعير أن يجبر المعير على التملك المذكور. والمستعير مجبور على القلع ولو كان القلع مضراً بالأرض في

حالة طلب المعير ذلك .

واسناد الرجوع في هذه الفقرة إلى المعير ليس للحصر لأن للمستعير فسخ الإعارة وقلع الشجر في أي وقت أراد . سواء أكانت الإعارة مؤقتة أم لم تكن .

والحاصل ـ تفسخ العارية على ثلاثة أوجه وقد صار إيضاح الأوجه المذكورة في شرح المادة (٨٠٦) .

وإذا وقع الاختلاف بين المعير والمستعير في البناء والأشجار بأن قال المستعير لما أراد أن يقلع إن هذا البناء قد عملته أنا أو هذه الشجرة قد غرستها فقال المعير أن هذا البناء أو هذه الشجرة كانا موجودين قبلاً في الأصل فالقول للمعير وإذا أقام الطرفان البينة رجحت بينة المعير (تكملة رد المحتار) .

إلا أنه إذا كانت الإعارة مؤقتة على ما جاء في المادة (٨٢٦) فبما أن الرجوع المذكور قبل ختام المدة يتضمن خلفاً الموعد وهو مكروه فيضمن المعير للمستعير قيمة مقدار التفاوت الموجود بين قيمة الأبنية والأشجار مقلوعة حين قلعها وبين قيمتها مقلوعة في حالة بقائها إلى انقضاء المدة وإلا فلا يكون المعير مجبراً على تملكها وضمان قيمتها . لأن المعير لما صرح برضاه بتركها إلى وقت معين فيكون قد خدع المستعير ولما كان ظاهر حال الإنسان الثبات على وعده فإذا لم يثبت المعير على وعده فللمستعير دفع الضرر عن نفسه فأصبح له حق التضمين على الوجه المذكور .

والمعير يضمن ما بين القيمتين من التفاوت على الوجه المذكور فقط ولا يضمن جميع قيمة الأبنية والأشجار وإن كان ظاهر المحيط يفيد ضمان جميع القيمة إلا أن المجلة لم تقبل قول المحيط هذا (البحر) .

فعليه إذا رجع المعير في الإعارة المؤقتة قبل ختام المدة وكان قلع الأبنية والأشجار يضر بالأرض ضرراً فاحشاً وأراد المعير أن يتملكها على الوجه المشروح فيملكها بقيمتها وقت ختام المدة . لأنها قبل الوقت لا تكون مستحقة للقلع ولذلك لا يتملكها بقيمتها مقلوعة في الحال .

وليس على المعير من ضمان على الوجه المشروح في حالة رجوعه عن الإعارة المؤقتة بعد انقضاء مدتها أي وان لزم المعير ضمان على الوجه المشروح إذا رجع عن الإعارة المؤقتة قبل انقضاء مدتها إلا أنه إذا رجع المعير بعد انقضاء المدة فلا يلزم المعير بضمان ما بل له في حالة وجود الضرر للأرض من قلعها أن يتملكها بقيمتها مقلوعة .

سؤال وجواب :

ويرد السؤال الآتي على هذه المادة .

ضمان الغرور يكون في عقد المعاوضة ولا يكون في غيرها .

مثلاً لو قال أحد لآخر إذهب من هذه الطريق فذهب منها فسلبه اللصوص فلا يلزم قائل ذلك القول ضمان وعليه فلماذا يلزم الضمان في العارية وهي ليست بعقد معوضه . كما أنه إذا لحق الموهوب له ضمان بسبب استحقاقه فلا يكون الواهب ضامناً (أنظر شرح المادة ٦٥٨) .

الجواب: هذه الصورة من باب الالتزام. لأن تقدير الكلام «ابن في هذه العرصة وإني لتاركها في يدك للوقت الفلاني وإذا لم أتركها فإني ضامن لبنائك».

وقد اختلف في لزوم الضمان فيما إذا ضبطت الأرض في العارية المؤقتة قبل تمام المدة وأصبح المستعير مجبراً على القلع. فلو رجع المعير في العارية المؤقتة قبل تمام الوقت يلزم الضمان على الوجه المحرر آنفاً فلو ضبطت الأرض المستعارة بالإستحقاق قبل تمام المدة وأصبح المستعير مجبراً على قلع البناء والأشجار فلا يلزم المعير الضمان المذكور آنفاً سواء أكانت العارية مطلقة أم مؤقتة فالحكم واحد على كلتا الحالتين هذا ما قالته الهندية أولاً ثم أعقبته بقولها وقد قال الخصاف أنه لا يلزم المعير الضمان المذكور عند الإمام محمد رحمه الله تعالى لأنه قد جاء في شرح المادة (٦٥٨).

لو غرر أحد آخر في العقد الذي نفعه للقابض فلا يلزم الضمان لكن قال الإمام الأعظم والإمام أبو يوسف بلزوم الضمان.

مثلاً إذا كانت قيمة البناء والأشجار مقلوعة حين الرجوع عن الإعارة إثني عشر ديناراً و كانت قيمتها لو بقيت إلى انتهاء وقت الإعارة عشرين ديناراً وطلب المعير قلعها لزم أن يعطي المعير للمستعير ثمانية دنانير مقدار التفاوت بين القيمتين. ويعتبر في الأبنية والأشجار قيمتها وقت الاسترداد يعني يعتبر بدل الأرض في الزمن الذي يستردها فيه المعير (البحر). لأن قيمة وقت الاسترداد أسهل. وقال بعضهم تلزم القيمة وقت مرور المدة ولكن القول الأول هو المعتبر.

مثال آخر: لو أعار أحد أرضه للبناء أو الغرس سنتين وبعد مرور ستة أشهر على غرس المستعير أو بنائه في الأرض رجع المعير عن الإعارة وأمر بالقلع وتحقق من أهل الخبرة أن قيمة البناء أو الأشجار إذا بقيت سنتين تامتين ألف قرش وقيمتها في الحال مقلوعة مائة قرش ضمن المعير للمستعير تسعماية قرش (تكملة رد المحتار).

﴿المادة ٨٣٢﴾ - (ليس للمستعير استرداد الأرض التي أعيرت للزرع إذا رجع عن إعارته قبل وقت الحصاد سواء أكانت الإعارة مؤقتة أم غير مؤقتة).

قد جوزت هذه المادة استحساناً. والسبب في عدم الاسترداد هو: أن المستعير لم يكن في زراعته الأرض مبطلاً وغير محق وإنما هو مغرور بإعطاء المعير اياه إذناً بالزراعة بناءً عليه يلزم ترك الأرض بطريق الإجارة، وبعد رجوع المعير تنقلب الإعارة إلى إجارة. أنظر المادة (١٩) تكملة رد المحتار. ولم يجوز الرجوع والاسترداد في الأرض المعارة للزرع مع كونه جوز ذلك في الأرض المعارة للبناء ولغرس الأشجار ونوضح الفرق بينهما على الوجه الآتي:

وقد كان له الرجوع في المادة (٨٣١). لأنه لما لم يكن للأبنية والأشجار نهاية معلومة وإبقاء الأرض في يد المستعير إلى ما لا نهاية له ولو بأجر المثل مما يضر بالمعير فلأجل رفع الضرر عن المالك أي المعير قلعت الأبنية والأشجار أما في هذه المادة فللزرع نهاية معلومة. فبناءً عليه تبقى الأرض المستعارة في يد المستعير

بأجر المثل إلى وقت الحصاد الذي هو نهاية معلومة . جوز إبقاء الأراضي في يد المستعير إلى وقت الحصاد ويأخذ المعير أجر مثل المدة التي تبقى في يد المستعير بعد الرجوع عن الإعارة كما أنه لو استؤجرت أراض للزراعة وانقضت مدة الإجارة قبل إدراك الزرع يصير إبقاء الأرض المأجورة في يد المستأجر بأجر المثل (أنظر المادة ٥٢٦) وشرحها (البحر) .

ولإبقاء الزرع إلى وقت الحصاد بأجر المثل على موجب هذه المادة علتان :

أولاهما ـ أن قلع الزرع مضر بالمستعير كما أن إبقاءه بلا بدل مضر بالمعير أيضاً فيدفع ضرر الطرفين يقدر الإمكان . أنظر المادة (٣١) .

وبذلك روعي حق الطرفين على الوجه المشروح . ولأن صاحب الزرع قد غرر به المعير (تكملة رد المحتار) .

ثانيهما ـ أنه يوجد في قلع الزرع أبطال لملك المستعير وفي تركه تأخير حق للمعير أي تأخير تصرفه وبما أن القرار الأول أشد من الثاني فيجب أن يعار إلى الثاني أنظر المادة (٢٩) .

اختلاف الفقهاء في لزوم الأجرة :

يلزم عند بعض الفقهاء عقد الإيجار في لزوم الأجرة يعني يجب أن يؤجر المعير الأرض للمستعير بعد الرجوع .

لكن إذا لم يتفق الطرفان على عقد الإجارة يؤجر الحاكم ويقدر الأجرة بإخبار أهل الوقوف . أما إذا لم يؤجر المعير والحاكم على هذا الوجه فليس للمعير اجرة أنظر المادة (٥٩٦) . وعند بعض الفقهاء الآخرين يلزم أجر المثل عن المدة التي بعد الرجوع ولو لم تعقد إجارة .

معنى عدم الاسترداد هنا : ويفهم من الإيضاحات الآنفة أن قوله في المجلة (ليس للمعير) هو متعلق ومرتبط بنفي الإسترداد حصراً وليس لنفي الرجوع والاسترداد معاً لأنه كما ذكر في شرح المادة (٨٠٦) أن للمعير الرجوع عن الإعارة في أي وقت أراد ولو كان في رجوعه ضرر بين على المستعير فبناء عليه تبطل الإعارة بالرجوع الوارد في هذه المادة وتبقى العارية في يد المستعير بأجر المثل والفرق ظاهر بين بطلان الإعارة بالرجوع وبين إبقائها في يد المستعير بأجر المثل .

والمعير في هذه المادة لو قال إنني أتملك الزرع بإعطاء المستعير مثل البذار ومصاريفه ويسلمني المستعير أرضاً فإذا لم يكن البذار نابتاً فلا يجوز ولو رضي المستعير. لأن البذار قبل النبات مستهلك ومعدوم فلا يصح بيعه. أنظر المادة (٢٠٥). وإذا كان نابتاً وكان المستعير راضياً بذلك جازت هذه المعاملة. أما إذا لم يرض بذلك فليس للمعير أن يجبره على ذلك (تكملة رد المحتار).

مسألة أخرى ليس للمعير فيها استرداد المستعار.

ليس للمعير في المسألة الآتية استرداد المستعار بالرجوع عن الإعارة. فلو أعار المعير زقاً لوضع

زيت فرجع بعد ذلك في الصحراء عن الإعارة ولم يكن في الإمكان تدارك زق آخر ووضع الزيت فيه هناك فيبقى ذلك الزق في يد المستعير بأجر المثل إلى محل يمكن فيه تدارك زق آخر.

خاتمة: في الاختلافات في التمليك والإعارة:

المسألة الأولى: لو قال أحد بعد أن أعطى ابنته الجهاز المعتاد أي جهاز مثلها كنت أعرتك هذه الأشياء ينظر فإذا كانت العادة والعرف أن يعطي الأب ذلك الجهاز ملكاً ولا يعطيه لابنته من قبيل الإعارة فلا يقبل قول الأب. لأن ظاهر الحال يكذبه وإذا لم يكن العرف كذلك أو لم يكن العرف مطرداً وكان أحياناً هكذا أو أخرى هكذا فالقول للأب.

كذلك إذا كان المال أكثر من الجهاز الذي يعطى لأمثال تلك البنت وادعى الأب بعد إعطائه اياه أنه عارية يصدق في كلامه. لكن هل القول للأب في جميعه أو فيما يزيد عن جهاز المثل الظاهر هو الأول. والأم وسائر أولياء الصغيرة كالأب في الأحكام المذكورة.

المسألة الثانية: لو توفي الأب بعد إعطائه الجهاز لابنته فإذا أراد بقية الورثة إدخال الجهاز في التركة ينظر. فإذا كان الأب في حالة صحته اشتراه لابنته وهي صغيرة أو لابنته الكبيرة وسلمها اياه فليس للورثة المداخلة فيه. والحمدلله لا حو ل ولا قوة إلا بالله.

الكتاب السّابع

الهبة

الهبة

الحمدلله واهب العطايا معطي النعم خالق البرايا الصلاة والسلام على سيدنا محمد مبلغ الهدي وعلى آله وأصحابه وخلفائه أئمة الدين المجتبي .

في حق الهبة ويشتمل على مقدمة وبابين

إن ذكر مباحث الهبة بعد العارية هو ترق من الأدنى إلى الأعلا لأن العارية هي تمليك للمنافع فقط فهي أدنى والهبة هي تمليك للعين وللمنفعة معاً فهي أعلا من العارية .

الهبة بكسر الفاء وسكون العين بوزن فعل لأن الأصل مأخوذ من وهب كعدة أصلها وعدة من وعد فكانت من المصادر التي تحدث أوائلها ويعوض في آخرها بالتاء (الفتح ، والعيني)

مشروعية الهبة ثانية بالكتاب والسنة وإجماع الأمة من الأدلة الأربعة فقد ورد في الكتاب الكريم (وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها) لآخر الآية الجليلة .

والمقصود من التحية هو العطية على الأظهر وإن قال البعض بأنه يقصد بها السلام (الكفاية) وقد ورد في السنة الشريفة أيضاً (تهادوا تحابوا) (الحديث الشريف) تهادوا بفتح الدال وسكون الواو هي صيغة الخطاب للجماعة كلفظة (تعالوا) كذلك كلمة (تحابوا) بالباء المشددة المضمومة هي صيغة خطاب الجماعة وأصلها (تحابون) فسقطت النون لكونها جواباً للأمر (الهداية والعيني) .

إجماع الأمة : قد أجمعت الأمة على مشروعية الهبة (الهداية) .

محاسن الهبة : إن للهبة محاسن كثيرة فكما يجب على المؤمن تعليم ولده التوحيد والإيمان يجب عليه أيضاً تعليمه الجود والإحسان لأن حب الدنيا هو رأس كل خطيئة وسيئة (البحر) وقد سمى الله سبحانه وتعالى نفسه بالوهاب إذ ورد في الآية الكريمة (العزيز الوهاب) ويكفي ذلك لاثبات محاسن الهبة (الفتح) إذا باشر الإنسان فعل الهبة فقد اكتسب أشرف الصفات واستعمل الكرم وأزال من نفسه الشح وأدخل السرور إلى قلب الموهوب له وأورث المودة والمحبة بينه وبين الموهوب له وأزال الحسد فيما بينه وبين الموهوب له وتصدق في حقه الآية الكريمة (ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون) فحينئذ يكون من المفلحين (الطحطاوي)

المقدمة

في بيان الاصلاحات الفقهية المتعلقة في الهبة

﴿المادة ٨٣٣﴾ ـ الهبة هي تمليك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والإتهاب بمعنى قبول الهبة أيضاً).

الهبة: في اللغة هو التفضُّل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له أي المعطى له سواء أكان ذلك الشيء مالاً كهبة شخص لآخر فرساً أم غير مال كقول الإنسان لآخر ليهب الله لك ولدك مع أن ولد ذلك الشخص حر ليس بمال وقد ورد في الآية الكريمة (فهب لي من لدنك ولياً) وقد ورد أيضاً (يهب لمن يشاء أناثاً ويهب لمن يشاء الذكور) (أبو السعود المصري) فعلى ذلك فنقل الهبة عن معناها اللغوي إلى معناها الاصطلاحي هو نقل الإسم العام إلى الخاص لأن الهبة بالمعنى الاصطلاحي لا تكون إلا في المال وجمع الهبة: هبات ومواهب (الفتح) والهبة باصطلاح الفقهاء هي تمليك مال لآخر بلا عوض ويسمى المملك واهباً ويسمى ذلك المال موهوباً ويسمى الشخص الذي يقبل ذلك التمليك موهوباً له كما إن الإتهاب بكسر الهمزة وتشديد التاء هو بمعنى قبول الهبة كما إن الاستيهاب هو بمعنى طلب الهبة (الكفاية والفتح) ويفهم من هذا التعريف أن الهبة عبارة عن التمليك إلا أنه يطلق أحياناً كلمة هبة بمعنى الموهوب وأن الهبة الواردة في عنوان الفصل الأول من الباب الثاني هي بمعنى الموهوب ويطلق أيضاً على المال الموهوب لفظة موهبة (الفتح)

ويدخل في تعريف الهبة المتقدم الهدية والصدقة وإن تعريف كل منهما على حدة كما سيأتي ذلك لا يوجب خروجهما من الهبة.

إيضاح القيود: ـ

(التمليك) إن تقييد التمليك بقيد بلا عوض هو مربوط بالتمليك ومؤخر عنه في المعنى لأن تعريفه في اللغة العربية هو عبارة عن تمليكه المال بلا عوض وعلى ذلك يكون لفظ التمليك الجزء الأول المعنوي للتعريف وهو بمثابة جنسه ويكون من وجه قيداً مدخلاً فيدخل فيه التمليكات الأخرى كالبيع والإجارة والإعارة ويكون من وجه آخر قيداً مخرجاً ويخرج ذلك اللفظ أربعة أشياء من التعريف وهي:

١ ـ فراغ المستغلات الوقفية والأراضي الأميرية مجاناً فتخرج من التعريف على رأي القائلين بأن الفراغ هو نزول عن الحق العادي المجرد.

٢ ـ بما أن كلمة التمليك تفيد التمليك حالاً فيخرج بهذا القيد أيضاً الوصية.

٣ ـ يخرج بلفظ التمليك هبة الدين لمن عليه الدين الوارد ذكرها في المادة (٨٧٣) فيجب خروجها

لأنه وإن حصلت تلك الهبة بلفظ الهبة ولكنها في الحقيقة هي إسقاط وليست تمليكاً والدليل على أنها لم تكن كونها لا يتوقف صحتها على قبول الهبة كما بين ذلك في شرح المادة (٨٧٣) بعد الإيجاب. بخلاف الهبة لأنها تتوقف على قبول وقبض الموهوب له.

رابعاً ـ يخرج أيضاً الإقرار الذي يقع بلفظ التمليك وبطريقة نفي الملك لأن الإقرار المذكور لم يكن تمليكاً في الحال بل هو عبارة عن الإخبار بأن المال هو مال للمقر له في الأصل فلذلك الإقرار الواقع صورة نفي الملك فيكون خارجاً عن التعريف لأن هذا الإقرار لم يكن هبة وحتى لا يلزم القبض مع أنه يشترط القبض لتمام عقد الهبة مثلاً إذا قال شخص لآخر (أين تراست) فيكون بقوله هذا قد أقر بأن المال المذكور لذلك الشخص وقت التكلم فلا يشترط تسليم ذلك المال لصحة الإقرار أما إذا قال (أين ترا) فيكون قد جعل ذلك المال ملكاً له في المستقبل وبما أن ذلك يحصل بالهبة فأصبح هذا الإقرار هبة فيجب فيه التسليم (الهندية).

فلذلك إذا أقر شخص قائلاً أن جميع ما أملكه هو لفلان فيكون إقراره هذا هبة فيجب فيه التسليم حالة كونه لو أقر قائلاً أن جميع الأموال التي تنسب لي هي لفلان فيكون قوله هذا إقراراً فلا يشترط لصحة التسليم أنظر المادة (١٥٩١) وشرح المادة (٨٤٨).

الأحكام المستفادة من لفظ التمليك: ـ

يوجب لفظ التمليك أن يكون المملك أي الواهب مالكاً لذاك المال وأهلاً لتمليكه وقد أشير بهذا اللفظ إلى المادتين (٨٥٧ و٨٥٩) كما أنه أشير بذلك إلى عدم جواز هبة الأشياء المباحة حيث إن الحطب والأخشاب التي توجد في الجبال المباحة غير مملوكة لأحد فتمليكها من الواهب لآخر يكون محالاً لأنه يكون تمليكاً لشيء غير مملوك (البحر).

(٢) قيل في النص التركي في تعريف الهبة تمليك مال واحد ولم يقصد بهذا التعبير الاحتراز من أن يكون الموهوب مالين أو أزيد من مالين بل جاء ذلك للتنكير والتعميم ليس إلا فهو يشمل الموهوب له فيما إذا كان مالاً واحداً وكذا إذا كان مالين فأكثر.

(٣) قيل تمليك مال وبذلك تخرج الإباحة وتخرج أيضاً العارية والإجارة والمهايأة الزمانية والمكانية لأن ذلك تمليك المنافع ويخرج أيضاً فراغ المسقفات والمستغلات الوقفية (على رأي من يقول ان الفراغ فيهما هو إيجار).

الفرق بين الإباحة والهبة قد أخرجت الإباحة من تعريف الهبة لأنه يوجد بين الأباحة والهبة ثلاثة فروق (١) فرق من حيث الماهية فالهبة هي تمليك المال بلا عوض وأما الإباحة فهي إعطاء الإذن بأكل مال حسب تعريفها الوارد في المادة (٨٣٦) فعليه الهبة تختلف عن الإباحة من حيث الماهية.

(٢) فرق أيضاً من حيث الحكم لأن في الهبة تزول ملكية الواهب من الموهوب بعد الإيجاب والقبول وحصول القبض مع أنه في الإباحة لا تزول ملكية المبيح ما لم يأكله ويتناوله المباح له.

(٣) يشترط في الهبة أن يكون الموهوب له والموهوب معلوماً مع أنه لا يشترط في الإباحة علم المباح له والمباح أي لا يشترط في صحة الإباحة معلومية الشيء الذي أبيح كما أنه لا يشترط معلومية المباح له فلذلك لو قال شخص كل من يأكل مالي فمالي حلال له فيكون ذلك منه إباحة كما سيوضح في المادة (٨٧٥) (الخانية في فصل براءة الغاصب والمديون) (والهندية في الباب الثامن من الغصب).

أما لو قال شخص لآخر مهما أخذت من مالي فهو حلال لك فليس لذلك الشخص أن يأخذ مال ذلك الشخص لأن هذا القول هو هبة وقد صرحت المادة (٨٥٨) بعدم جواز هبة المجهول وقد جاء في الخانية :

(رجل قال لآخر أنت في حل مما أكلت من مالي أو أخذت أو أعطيت حل له الأكل ولا يحل له الأخذ والإعطاء لأن إباحة الطعام المجهول جائزة فإن من قدم مائدة بين قوم حل لهم الأكل منها وتمليك المجهول باطل).

(٤) وبقيد بلا عوض يخرج البيع والقسمة لأن العوض شرط في البيع كما أنه شرط في القسمة وهي مبادلة مال بمال كما هو مذكور في المادة (١١١٦).

أسئلة وأجوبتها. يرد على هذا التعريف اعتراض بصور أربع تحتاج للإجابة عليها.

١ س ـ قد ورد في التعريف لفظ المال والمال بحسب تعريفه الوارد في المادة (١٢٦) لا يشمل الدين ويخرج بهذا التعريف هبة الدين لغير المديون وهو التمليك الوارد ذكره في المادة (٨٤٨) فعليه يكون هذا التعريف غير جامع لإفراده.

إن المال المقصود في هذه المادة هو بمعنى المال المذكور في المادة (٦٣١) وهوالمال حالاً ومآلاً أي أنه بمعنى المال الأعم فحينئذ صحة التمليك المار ذكرها في المادة (٨٤٨) تتوقف على أمر الواهب والموهوب له بقبض ذلك الدين وحينما يقبضه بناءً على هذا الأمر يكون القابض قابضاً أولاً عن الواهب بحكم النيابة ثم يكون قابضاً بنفسه بحكم الهبة ويكون ذلك الدين وقت القبض عيناً فإذا عمم التعريف بحيث يشتمل الموجودة حالاً والعين الموجودة مآلاً فيكون صحيحاً أي أنه يدخل فيه تمليك الدين أيضاً (الدرر وشرحه) والحاصل أن الهبة على هذا الوجه تتم بعد القبض فحينئذ يكون المال الموهوب عيناً.

٢ س ـ يخرج بتعبير المال هبة الطاعات مع أن هبة الطاعات صحيحة عند أهل السنة إذ ورد في الهندية في الباب الثاني عشر في الصدقة ما نصه (رجل تصدق على الميت أو دعى له فأنه يصل الثواب إلى الميت وإذا جعل ثواب عمله إلى غيره من المؤمنين جاز).

ج ـ إن المقصود من الهبة المعرفة هي الهبة التي تتعلق بالمعاملات وبتعبير آخر هي الهبة التي تتعلق بها أحكام دنيوية أي تثبت بها ملكية الموهوب له وحق الواهب بالرجوع عند الهبة وهبة الطاعات لم تكن من هذا القبيل فكما أنها خارجة عن التعريف فهي خارجة أيضاً عن المعرف.

٣ س ـ قوله بلا عوض يخرج بذلك الهبة بشرط العوض الوارد ذكرها في المادة (٨٥٥) فلذلك

يكون التعريف المذكور غير جامع لإفراده فلذلك ينتقض التعريف المذكور عكساً بالهبة بشرط العوض (الفتح) لأن القول بلا عوض هو نص في عدم اشتراط العوض فتكون الهبة بشرط العوض نقيضته.

ج . قوله أيضاً بلا عوض معناه بلا شرط العوض وفيه حذف المضاف وليس لفظة بلا عوض بمعنى التمليك بشرط عدم العوض وأن يكن المعنى الثاني (أي الهبة بشرط عدم العوض) منافياً للهبة بشرط العوض أما المعنى الأول أي بلا شرط العوض ليس منافياً لذلك (الدرر) وتفصيل ذلك أن الماهية كما هو مقرر في العلوم العقلية هي على ثلاثة أنواع:

(١) الماهية بشرط شيء وتفسر هنا بشرط العوض والبيع من نوع هذه الماهية.

(٢) ماهية لا بشرط شيء وتفسر هنا بعدم شرط العوض والهبة من نوع هذه الماهية كما سيوصح ذلك قريباً.

(٣) الماهية بشرط لا شيء وتفسر هنا بشرط عدم العوض والعارية من نوع هذه الماهية وبلا عوض الواردة هنا هي بمعنى الماهية الثانية أي ماهية لا بشرط شيء وليست بماهية بشرط لا شيء ولذلك تدخل الهبة بشرط العوض في هذا التعريف يعني أن ماهية بشرط لا شيء وإن كانت منافية للهبة بشرط العوض إلا أن ماهية لا بشرط شيء لم تكن مباينة للهبة بشرط العوض بل بينهما عموم مطلق لأنه قد تقرر في العلوم العقلية أن ماهية بلا شرط شيء هي أعم من ماهية بشرط شيء وماهية بشرط لا شيء (فتح القدير)

وإن يكن أن بعض الفقهاء كالحموي قد اعترض على هذا الجواب قائلاً بأن الهبة بشرط العوض لا تجتمع بماهية الهبة بلا عوض بسبب أن قول بلا عوض هو نص على عدم اشتراط العوض فلا تجتمع نقيضتها الهبة بشرط العوض بالهبة بلا عوض إلا أنه قد نشأ الإعتراض المذكور من عدم تدقيق المسألة كما يجب إذ أن تعبير بلا عوض ليس نصاً على عدم اشتراط العوض كما قال بل هو عام وعلى اشتراط العوض لأنه وإن وجد تناف بحسب المفهوم بين المشروط بالشيء وعدمه فلا يوجد تباين بينهما بحسب الصدق فلذلك يجوز أن يكون ما يصدق عليه هذا أن اللفظين واحد كالإنسان فهو مشروط بالنطق والحيوان غير مشروط به ولا شك أنه يوجد تناف بين الشيء المشروط وبين عدمه (الفتح وأبو السعود المصري).

إلا أنه ينتج من ذلك اعتراض آخر وهو أن قيد بلا عوض الواقع في تعريف الهبة إذا اعتبر بمعنى الماهية بلا شرط فيصدق حينئذ تعريف الهبة على البيع فيكون هذا التعريف منتقضاً لكونه ليس مانعاًلإغياره فلا يندفع بذلك المحذور بل يشتد وعلى هذه الصورة ينتقض تعريف الهبة طرداً (فتح القدير).

إن هذا الاعتراض ليس وارداً على جواب صاحب الدرر لأن خلاصة ذلك الجواب هو أن وجود العوض في الهبة ليس أمراً لازماً فإذا وجد العوض جاز كالهبة بشرط العوض وإذا لم يوجد العوض جاز أيضاً كالهبة بلا عوض أما في البيع فالعوض أمر لازم ولا يصح البيع مطلقاً بلا عوض أي بنفي العوض.
فبعد أن اعترض ابن الهمام على هذا الوجه أجاب على أصل السؤال بما يأتي:

إن المقصود من قيد بلا عوض الوارد في تعريف الهبة أي بلا اكتساب العوض وحينئذ يكون تعريف الهبة على هذا الوجه وهي تمليك مال لآخر بشرط عدم اكتساب العوض لأنه وإن وجد في الهبة بشرط العوض عوض إلا أن تلك الهبة لم تكن بشرط الإكتساب ألا ترى أن الفقهاء عندما عرفوا البيع بأنه (مبادلة مال بمال) بطريق الاكتساب صرح بقيد (بطريق الاكتساب) لإخراج الهبة بشرط العوض من التعريف:

إلا أنه ما دام معنى الإكتساب هو الكسب والربح والواهب بشرط العوض يكون كاسباً العوض والموهوب له يكون كاسباً المال الموهوب فما هي فائدة هذا الجواب في دفع الاعتراض.

الجواب الثاني - إن تعريف المجلة هو مبني على مذهب المتقدمين الذين يجوزون التعريف بالأعم والتعريف بالأخص (الطحطاوي).

الأجوبة الأخرى: إن منلا مسكين والشرنبلالي قد أجابا على السؤال الثالث بأجوبة أخرى إلا أنه لم تكن أجوبتهما ظاهرة وكافية لدفع السؤال وأن الجواب المقبول أكثر من غيره هو الجواب الذي ذكره صاحب الدرر وتقدم آنفاً.

٤ - إن الوصية تدخل في هذا التعريف فلو قال شخص إعط ساعتي هذه إذا مت لزيد ثم مات ذلك الشخص وكان ثلث ماله مساعداً فيصير زيد مالكاً لتلك الساعة مجاناً ولذلك حينما عرف (ابن كمال) (الهبة) ضم عليه قيد في الحال فأصبح تعريف الهبة (تمليك المال في الحال بلا عوض) وبقيد في الحال خرجت الوصية التي هي تمليك مضاف إلى مابعد الموت وبما أنه لم يرد في تعريف المجلة هذا القيد فأصبحت الوصية داخلة في تعريف الهبة وعندي التعريف لذلك غير مانع لإغياره.

ج - يتبادر من لفظ التمليك الوارد في التعريف التمليك في الحال (القهستاني) أما الوصية فهي ليست تمليكاً في الحال بل هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت (الفتح)

﴿المادة ٨٣٤﴾- (الهدية هي المال الذي يعطى لأحد أو يرسل إليه إكراماً له).

الهدية بفتح الهاء وكسر الدال وتشديد الياء هي المال الذي أعطي أو أرسل لشخص بطريق الإكرام وتجمع الهدية على الهدايا وخرج بقيد الإكرام الرشوة من التعريف لأن الرشوة لا ترسل إكراماً بل تعطى بشرط الإعانة وهذا فرق بين الرشوة والهدية من جهة الماهية كما أنه يوجد فرق آخر بينهما من حيث الحكم وهو أن المهدى إليه بقبضه الهدية يصبح مالكاً لها بعكس المرتشي فهو لا يصبح مالكاً لها بالقبض وعلى هذا فيكون بين الرشوة والهدية فرقان (١) إذا استهلك المهدى إليه الهدية فلا يكون ضامناً أما المرتشي إذا استهلك الرشوة فيضمن (٢) وإذا كانت موجودة يجب عليه ردها عيناً وعلى ذلك إذا أخذ شخص من آخر رشوة لقضاء أمر له فلذلك الشخص الحق أن يسترد الرشوة من المرتشي. لو أن المرتشي قضى له ذلك الأمر الذي دفعت الرشوة لأجله حتى لو أنه أعطى مقابل الرشوة عوضاً فلا يسقط ذلك حق استرداد الرشوة ولذلك إذا أبرأ شخص آخر من الدين على أن يجري لهم مصلحة من المصالح فبما أن

الإبراء المذكور هو رشوة فلا يصح كما أنه إذا أعطى العشيقان بعضهما بعضاً أشياء فهي رشوة ولا يثبت فيها الملك فللدافع حق في استردادها (القنية).

﴿المادة ٨٣٥﴾ - (الصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب).

الصدقة هي المال الذي يوهب لأجل الثواب ولوجه الله تعالى. هي تعطى للفقير ويفهم من هذا التعريف أن الصدقة أخص مطلقاً من الهبة وحيث إن الصدقة هي للثواب فالهبة للغني ولو حصلت بلفظ الصدقة فهي هبة كما أن الصدقة لو أعطيت للفقير بلفظ الهبة فهي صدقة (الخانية والقهستاني والأنقروي) ويقسم الناس نظراً إلى الثروة إلى ثلاثة أقسام غني، وفقير، ومسكين، فالغني شرعاً هو الذي يملك من المال نصاباً يزيد عن حوائجه الأصيلة أي أن يكون مالكاً مايتين درهم فضة على الأقل أو أن يكون مالكاً مالاً آخر بهذه القيمة فلا تعطى له الزكاة. إن الغني ليس محدوداً بحد فكما أنه يعد الشخص الذي يملك مائتي درهم فضة زائدة عن حوائجه الأصيلة أو بدلها غنياً فكذلك يعد الشخص الذي يملك ألوف الدراهم الدنانير غنياً أيضاً أما الفقير فهو الشخص الذي لا يملك مائتي درهم فضة تزيد عن حوائجه الأصلية. فإذا ملك مالاً أقل من مائتي درهم فهو فقير والمسكين هو الذي لا يملك شيئاً وهو أسوأ حالاً من الفقير.

﴿المادة ٨٣٦﴾ - (الإباحة هي عبارة عن إعطاء الرخصة والإذن لشخص أن يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض).

معنى الإباحة لغة التخيير فيقال ان فلاناً أباح ماله لفلان أي أذنه بأخذه أو تركه أي جعله مختاراً في الأخذ والترك ومعناها شرعاً إعطاء الإذن والرخصة لآخر بأكل وتناول شيء من المطعومات أي المأكولات والمشروبات بلا عوض، فلفظ (الأكل) تعبير مخصوص بالمأكولات ولفظ (التناول) عام في المأكولات والمشروبات فعطف التناول على لفظة الأكل من قبيل عطف العام على الخاص فهو جائز إذ الإباحة ليست خاصة بالمأكولات كما سيجيء ذلك في المادة (١٢٢٦)

فالتعريف الظاهر والأنسب للسياق هو ان تعرف الهبة بالتعريف الآتي (هو المال الذي يوهب لشخص اكراماً) (القهستاني)

الباب الأول

بيان المسائل المتعلقة بعقد الهبة ويحتوي على فصلين

ينظر في الهبة إلى أربعة أشياء.

(١) سببها وهو قصد الواهب عمل الخير وهذا الخير إما أن يكون ثواباً دنيوياً كالعوض والثناء أو دفع شر الموهوب له (الطحطاوي) وأما أن يكون ثواباً آخروياً كالنعيم المخلد وهذا إذا حسنت نية الواهب.

والهبة مندوبة وقبولها سنة ما لم يكن المال الموهوب مالاً حراماً أو كان معلوماً بأن الواهب سيمتن على الموهوب له بما وهب إليه (الطحطاوي)

(٢) شرط الهبة سيجيء بيان ذلك في الفصل الثاني من هذا الباب.

(٣) حكم الهبة وهو ثبوت ملك الموهوب له ملكية غير لازمة ولذا يصح الرجوع عن الهبة وفسخ عقدها حيث أن ثبوت الملك للموهوب له غير لازم ويجوز فيها خيار الشرط ولا تبطل الهبة بالشروط الفاسدة.

(٤) ركن الهبة وسيجيء ذكره في الفصل الأول (أبو السعود)

الفصل الأول

في بيان مسائل متعلقة بركن الهبة وقبضها

يفهم من مطالعة هذا الفصل أنه يحتوي على مسائل أخرى غير متعلقة بركن الهبة ولذلك أصبح العنوان أخص من المعنون.

﴿المادة ٨٣٧﴾ تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض.

تنعقد الهبة والهدية والصدقة بالإيجاب والقبول وتتم بقبض الهبة والهدية والصدقة قبضاً كاملاً أي بقبض الموهوب له أو نائبه ومعنى تتم أي يفيد الملكية فعلى هذا الوجه يكون الإيجاب والقبول هما ركن الهبة والصدقة والهدية كما أن الإيجاب والقبول هما ركن البيع والإجارة والعقود الأخرى أنظر المادتين (١٤٩ و٤٣٣).

قلنا أن ركن الهبة الإيجاب والقبول لأن الهبة عقد (وقيام العقد يكون بالإيجاب والقبول) لأن ملك الإنسان لا ينتقل للغير ما لم يملك من طرفه للغير ويوجب المالك ذلك كما أن إيجاب الهبة هو إلزام الملك للغير ولا إلزام بدون قبول (الكفاية والقهستاني).

ولا يقال انه لا يشترط القبول في ذلك لأن الأمر الملزم به فيه فائدة الملزم لأنه ليس لأحد أن يثبت ملكاً لآخر بدون رضاء ذلك الآخر كما ذكر في المادة (١٦٧).

اختلاف الفقهاء في ركن الهبة وأدلة كل منهم:

إن ركن الهبة عند بعض الفقهاء كصاحب المحيط هو عبارة عن الإيجاب في حق الواهب وأما القبول. فلا يعد ركن الهبة رغماً عن أن ركن الهبة في حق الموهوب له هو الإيجاب والقبول فلذلك لو حلف شخص قائلاً إنني لا أهب مالي لفلان ثم بعد ذلك وهب مالاً لذلك الشخص أي أوجب الهبة يحنث بيمينه ولو لم يقبل الموهوب له الهبة (النهاية)

كذلك إذا حلف أن يهب ماله لفلان وبعد حلفه أوجب الهبة له إلا أن ذلك الشخص لم يقبل الهبة فلا يحنث والحال أنه لو لم يكن مجرد الإيجاب ركن الهبة وكان القبول ركناً ففي الصورة الأولى لا تنعقد الهبة بعدم قبول الإيجاب ولوجب أن لا يعد الواهب حانثاً بيمينه كما هو الحال في البيع لأنه لو حلف شخص بإنني لا أبيع فلاناً مالاً ثم بعد حلفه أوجب ماله لذلك الشخص ولم يقبل ذلك الشخص فلا يكون الموجب حانثاً (النهاية). وتكون الهبة في هذه الصورة بمنزلة الإقرار والوصية (العناية) حتى أن

القهستاني قد ذكر بكون القبول ليس ركناً هو قوله وذكر أنه لو وضع شخص مالاً في الطريق على أن يكون ملكاً لمن يأخذه فهو جائزاً أما (ابن الهمام) فقد قال: إن القبول في الهبة ركن قياساً إلا أنه ليس ركناً استحساناً.

تسييب الدابة. إذا تخلى شخص عن حيوانه وتركه حبله على غاربه بعد أن أصبح عاطلاً وغير نافع وأخذه آخر فأصلحه ثم قام صاحبه مطالباً به ينظر فإذا قال صاحبه حين تركه للحيوان فليأخذه من يريده فيصبح ذلك الحيوان ملكاً لذلك الشخص لأن الموهوب له وإن كان مجهولاً إلا أنه عند القبض يصير معلوماً سواء أكان ذلك الشخص غائباً حينما تكلم صاحب الحيوان ذلك الكلام وعلم به من شخص آخر أم كان حاضراً حين قال ذلك وسمع الكلام باذنه أما إذا لم يقل صاحب الحيوان ذلك القول فيبقى ذلك الحيوان ملكاً لصاحبه ولو قال حين تركه أياه إنني لا أريده بعد الآن وكذا لو قذف شخص بثوبه إلى الخارج ملكاً لصاحبه ولو قال صاحبه حين تركه أياه إنني لا أريده بعد الآن وكذا لو قذف شخص بثوبه إلى الخارج فلا يجوز لأحد أخذه ما لم يقل صاحبه حين قذفه فليأخذه من أراده (الخانية) ويتحقق قول صاحب المال ذلك باقراره أو بالبينة التي يقيمها الشخص الذي التقط ذلك المال وأصلحه أو بنكول صاحب المال عن حلف اليمين لدى استحلافه (الهندية في الباب الثالث).

أما بعض الفقهاء كصاحب الكافي والكفاية فيقول بأن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول كركن البيع والإجارة وأن الإيجاب وحده ليس بركن لأن الهبة عقد وقيام العقد الإيجاب والقبول لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله (الفتح) أما حنث حالف اليمين بعدم الهبة في حالة إيجابه الهبة هو لأن الحالف لليمين يكون قد منع نفسه من الشيء الذي في وسعه أي الإيجاب إذ أن القبول لم يكن في وسعه (الكفاية) إلا أنه إذا حلف شخص على عدم البيع ثم أوجب البيع بعد الحلف لا يحنث والحال كان من الواجب أن يعد حانثاً حسب هذا الرأي لأن المقدور له في كل عقد هو الإيجاب للقبول مع أنه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به (الفتح)

وكذلك يفرق في هذه المسألة بين الإيجاب في الهبة وبين الإيجاب في البيع.

القول الذي قبلتـه المجلة. يفهم من قول المجلة الهبـة تنعقد بـالإيجاب والقبـول أنها اعتبرت كلا الايجاب والقبول ركن الهبة وتتفرع بعض مسائل على انعقاد الهبة بالإيجاب والقبول.

١ ـ مسألة: لا تنعقد الهبة بوعد الهبة مثلاً لو وعد شخص آخر قائلاً له إنني سأهبك ما في ذمتك من الدين لي إلا أنه لم يهبه أياه فلا يجبر ذلك الشخص على الهبة للوعد الذي وقع منه إذ ليس الوعد من حكم «البهجة وعلي أفندي»

٢ ـ مسألة: لو قال الواهب للموهوب له إنني وهبتك هذا المال إلا أنك لم تقبله وعجز الموهوب له عن إثبات قبوله الهبة فالقول للواهب «الهندية» لأن الواهب منكر للهبة والموهوب له مدع بها أنظر المادة (٧٦)

إيضاحات في حق القبض في الهبة.

إن ثبوت ملك الموهوب له بالموهوب الذي هو حكم الهبة أي ترتب حكم على الهبة يتوقف على قبض الموهوب فلذا ليس للهبة من حكم قبل القبض بل يبقى المال الموهوب ملكاً للواهب كما كان وبتعبير آخر أنه لا يشترط القبض في صحة الهبة إلا أنه يشترط القبض في ثبوت الملك «الهداية، وجواهر الفقه، وأبو السعود المصري».

إن القبض في الهبة ليس ركن العقد بل هو خارج عن الركن إلا أنه شرط ثبوت الملكية.

ليس للهبة حكم قبل القبض بصورة مطلقة أي سواء أكان الموهوب له أجنبياً أم كان ذا رحم محرم:

وبما إن تمام الهبة موقوف على القبض الكامل فبمجرد الإقرار بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض مثلاً إذا أقر شخص قائلاً قد وهبت مالي الفلاني لفلان فعلى القول الأصح لا يعد الواهب قد أقر بأن الموهوب له قبض مال الموهوب «الأنقروي والهندية في الباب الحادي عشر» أما إذا أقر الواهب بالهبة وبالقبض معاً فيثبت حصول القبض ولذلك إذا أدعى شخص على آخر قائلاً إنك كنت وهبتني هذا المال الذي تحت يدك وسلمته لي وقد أقررت بقبضي أياه وأنكر ذلك الشخص دعوى المدعي فأقام البينة على ذلك وشهد الشهود على أن الواهب أقر بالهبة والقبض تقبل شهادتهم والحكم في الرهن والصدقة هو على هذا الوجه أيضاً «التترخانية»[1]

العقود الموقوفة على القبض: إن العقود الموقوف تمامها على القبض هي إثنا عشر عقداً وهي:

(١) الهبة (٢) الصدقة (٣) الرهن (٤) العمري (٥) النحلة (٦) الصلح (بعد أقسامه) (٧) رأس مال السلم (٨) إذا ظهربعض رأس مال السلم زيوفاً قبض بدله بذلك المجلس (٩) الصرف (١٠) الكيل إذا بيع بكيل من جنس آخر قبض بدله بذلك المجلس (١١) الوزن إذا بيع بوزن من جنس آخر قبض بدله بمجلس البيع (الطحطاوي) (١٢) البيع الفاسد أنظر المادة (٣٧١) الأدلة على لزوم القبض في الهبة مع أن البيع يفيد الملكية قبل القبض أما الهبة فلا يحصل فيها حكم الملكية قبل القبض ويثبت من وجهين:

الوجه الأول الحديث الشريف القائل بأنه لا تجوز الهبة إلا مقبوضة والمقصد في ذلك نفي الملك «أبو السعود» أي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك إذا الجواز ثابت قبل القبض بالإتفاق (الهداية)

الوجه الثاني هو أن الهبة تبرع ولا يتم التبرع إلا بالقبض حسب ما ذكر في المادة (٥٧) لأن إثبات الملك في الهبة قبل القبض يوجب إجبار المتبرع شيئاً لم يتبرع على تسليمه به وهو غير صحيح أي أن إيجاب شيء على المتبرع لم يتبرع به أمر مخالف لموضوع التبرعات «الفتح».

(١) إلا أن قانوني أصول المحاكمات الحقوقية والشرعية العثماني منع قبول البينة الشخصية على الإقرار الواقع خارج مجلس الحاكم ما لم توجد قرينة تؤيد وقوع ذلك الإقرار «المعرب»

والحاصل لو ثبتت الملكية في الموهوب بمجرد عقد الهبة لأصبح الواهب مطالباً بتسليم الموهوب ووجوب تسليم شيء لم يتبرع به.

وقد ورد على الدليل الثاني أسئلة ثلاثة:

(١) س ـ إن الواهب بهبته المال يكون قد التزم تسليمه فيجب عليه التسليم لالتزامه ذلك إذ أنه لو التزم شخص نقل شيء لا يلزمه نقله وشرع في نقله وجب عليه الإكمال:

ج ـ للمالك في العين ملكان الأول ملك المال والثاني ملك اليد وملك اليد مقصود كملك المال فإذا غصبت فكما أن المال مضمون كذلك تكون اليد مضمونة أيضاً إذا غصبت إذ المادة (١٦٣٧) تبحث عن الوديعة والمستعار والمأجور وكل ما جاء فيها يدل على أن ملك اليد مضمون وضمان ملك اليد هو برده وإعادته. كذلك ما ذكر في مباحث اللقطة إذا أخذت اللقطة من يد الملتقط فللملتقط استردادها وذلك لأن اليد مضمونة ولما كان المقصود في الهبة هذين القسمين من الملك بنفسهما فالتزام الواهب أحدهما لا يوجب التزامه الآخر «الكفاية والهداية بزيادة»

(٢) س ـ إذا حصل الإيجاب والقبول في الهبة وكان ذلك مفيداً للملكية بصورة ألا يجب تسليم الموهوب فلا يجبر الواهب على التسليم.

إن الملكية التي تثبت على هذا الوجه لا فائدة منها لأن فائدة الملك هو أن يتصرف فيه المالك كيفما يشاء حسبما ذكر في المادة (١١٩٢) ولا يحصل هذا التصرف إلا بوجود حق القبض «الكفاية»

فلذلك إذا باع الموهوب له المال الموهوب فلا يستطيع أخذه من الواهب وتسليمه للمشتري

(٣) س ـ بما أن الوصية هي تبرع وهبة بعد الموت وتتم قبل القبض وغير موقوفة على تسليم الوارث لها بعد موت الموصي فيجب قياساً على ذلك أن تتم الهبة أيضاً قبل القبض ولا سيما فان الوصية هي هبة معلقة على الموت والهبة التي هي موضوع بحثنا هبة مرسلة ولما كانت الهبة المرسلة أقوى من الهبة المعلقة وبما أن الهبة المعلقة تتم بلا قبض فبالأولى أن تتم الهبة المرسلة بلا قبض أيضاً.

ج ـ إن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وبوفاة الموصي تزول ملكيته عن الموصى به فلا يحصل هنا إلزام شخص على أن يتبرع بشيء لم يتبرع به كما هو الحال في الهبة وحتى لم يبق لزوم لوجود الأهلية في المتبرع. أما حق الوارث فهو مؤخر عن الوصية إذ أن الوارث ليس بمالك للموصى به حتى تتوقف صحة الوصية على تسليم الوارث للموصى به «الهداية والكفاية والعناية» «أنظر شرح المادة ٥٧».

وتتفرع المسائل الآتية على أن ليس للهبة حكم قبل القبض.

«١» ـ مسألة: إذا وهب شخص شيئاً من ماله لآخر وقبل تسليمه أودعه لشخص خلافه وسلمه له وسلم المستودع ذلك المال بلا إذن الواهب إلى الموهوب له استناداً على تلك الهبة واستهلكها الموهوب له فللواهب الخيار في تضمين ذلك المال إما للمستودع وإما للموهوب له «أنظر المادة ٩١٠» «النتيجة».

«٢» ـ مسألة: إذا أمر شخص شريكه بأن يعطي مالاً من أمواله لابنه وامتنع شريكه عن الإعطاء وبما أن هذا الأمر لا يتضمن الإعطاء بطريق الهبة بل كان بطريق الوكالة أي أنه يكون ذلك الشخص قد وكل ابنه بقبض ذلك المال من شريكه فإذا كان الشريك مقراً بالمال وبهذه الوكالة فللابن المذكور أن يخاصم الشريك ويطلب تسليم ذلك المال له أما إذا كان ذلك الأمر يتضمن إعطاء المال على طريق الهبة فليس لذلك الابن أن يخاصم الشريك ويطلب تسليم المال له لأن الهبة لم تتم لعدم القبض «البحر والهندية في الباب الحادي عشر».

«٣» ـ مسألة: إذا أخذ شخص شيئاً من ماله ليعطيه لفقير فلم يجد الفقير في بيته فللشخص المذكور أن يتصدق بذلك الشيء على فقير آخر أو أن يصرف ذلك الشيء على أموره ويستهلكه «الوجيز».

«٤» مسألة ـ إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة حسب ما جاء في المادة «٨٤٩».

«٥» مسألة ـ إن التوكيل في الهبة يتضمن التوكيل بتسليم الموهوب لأن الهبة لا تتم بدون القبض «الهندية» ولذلك للوكيل بالهبة بعد إيجابه الهبة أن يسلم الموهوب بعد الإيجاب والقبول وليس للموكل أن يقول إني وكلته بالهبة فقط ولم أوكله بتسليم الموهوب.

تقسيم القبض قد ذكر في الشرح أنه يجب أن يكون القبض كاملاً والقبض على قسمين:

القسم الأول ـ القبض الكامل. وهو يكون بقبض كل موهوب بالصورة المناسبة لقبضه فإذا كان الموهوب داراً فقبض مفتاحها هو قبض للدار.

القسم الثاني ـ القبض الناقص كقبض حصة شائعة في مال وهب بعضه وكان ذلك المال قابلاً للقسمة ولا يكفي القبض الناقص في تمام الهبة فعليه إذاً وهب بعض مال قابل للقسمة يجب إفراز وتقسيم الحصة الموهوبة وتسليمها وقبضها من الموهوب له أما إذا سلمت الحصة الموهوبة مع الحصة الغير موهوبة بدون إفراز وقبضها الموهوب فلا تتم الهبة كما سيوضح ذلك في المادة «٨٥٨».

وقد بين في المواد «٨٤١ و ٨٤٢ و ٨٤٣» أنواع هذا القبض وشروطه أما إذا وهب المال الغير قابل للقسمة فتتم الهبة بالقبض الواقع بالتبع أي القبض الذي يحصل ضمناً بقبض كل المال «الدرر والطحطاوي».

تقسيم القبض الكامل: القبض الكامل على نوعين:

النوع الأول ـ القبض الحقيقي وهو كأخذ الموهوب له المال الموهوب بيده أو حمل الموهوب له المال الموهوب وذهابه به «الطحطاوي».

النوع الثاني ـ القبض الحكمي كالقبض بطريق التخلية ومثاله إذا وهب شخص لآخر مالاً موجوداً

محضراً في مجلس الهبة وصالحاً للقبض في ذلك المكان وقال الموهوب له للواهب قبضته أي أن يقول ذلك مع كونه لم يقبض المال الموهوب. ويشترط في القبض بطريق التخلية وجود المال الموهوب في مجلس الهبة على الوجه المشروح فعليه إذا وهب شخص لآخر مالاً وسلطة على قبضه حينما يجده فالهبة فاسدة على رأي الإمام أبي يوسف رحمه الله أما عند الإمام زفر فالهبة صحيحة «الدر وشروحه» وتصح الهبة بالقبض بالنوع الثاني على رأي الإمام محمد وهو الرأي المختار أما عند الإمام أبي يوسف فلا تتم الهبة «الأنقروي والدرر وجامع الفقه والطحطاوي».

إلا أن هذا الاختلاف واقع في الهبة الصحيحة أما في الهبة الفاسدة فقد اتفقوا على أن التخلية ليست بقبض.

التخلية وما يتفرع عنها من المسائل.

التخلية هي عبارة عن أن يجعل الواهب المال الموهوب بحالة يستطيع معها الموهوب له أخذه وأن يلزمه بقبضه (الدرر والأنقروي) فلذلك إذا وهب شخص مالاً موضوعاً ضمن خزانة مقفلة وسلم ذلك المال مع تلك الخزانة وقبضها الموهوب له على ذلك الوجه فلا يحصل بذلك قبض الموهوب لأن القبض يحصل في حالة إمكان الانتفاع بالموهوب ولما كانت الأموال الموهوبة ضمن خزانة مقفلة فلا يحصل الانتفاع أما إذا كانت الخزانة مفتوحة فيحصل القبض.

(الإقرار بالقبض). إذا وهب الواهب مالاً وسلمه للموهوب له وأقر الموهوب له بقبضه وقبوله الهبة ثم إذا أدعى الواهب عدم قبض الموهوب له وأنه كان كاذباً في إقراره فعلى رأي الإمام أبي يوسف يحلف الموهوب له توفيقاً للمادة (١٥٨٩) أما عند الإمام محمد فلا يحلف (الأنقروي)

﴿المادة ٨٣٨﴾ الإيجاب في الهبة هؤلاء الألفاظ المستعملة في معنى تمليك المال مجاناً كأكرمت ووهبت وأهديت والتعبيرات التي تدل على التمليك مجاناً إيجاب للهبة أيضاً كإعطاء الزوج زوجته قرطاً أو شيئاً آخر من الحلي أو قوله لها خذي هذا وعلقيه.

وكذلك كلمات أعطيتك وملكتك وهذا المال لك هبة وكلمة (أين ثرا) الفارسية هي من ألفاظ إيجاب الهبة والحاصل أن الإيجاب في الهبة يحصل بالألفاظ المستعملة في معنى تمليك المال مجاناً ما لم تقل تلك الألفاظ على طريق المزاح ولذلك فعقد الهبة غير منحصر بلفظ الهبة بل يجوز استعمال ألفاظ أخرى مستعملة في معنى الهبة وتصح الهبة بلفظ التمليك في حالة وجود قرينة تدل على قصد الهبة وإلا لا تصح لأن لفظ التمليك هو لفظ عام يشمل البيع والإجارة والوصية والقاعدة في جنس هذه المسائل هي أنه إذا كانت الألفاظ التي قيلت من المملك تفيد تمليك الرقبة فالعقد عقد هبة وإذا كانت تفيد تمليك المنفعة فهي عارية وإذا كانت تحتمل المعنيين ينظر إلى نية المتكلم فإذا كانت نيته الهبة فالعقد هبة وإذا كانت نيته العارية فالعقد عقد عارية أنظر المادة (٢).

والألفاظ التي تنعقد بها الهبة على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : الألفاظ التي تنعقد بها الهبة وضعاً كقول الواهب للموهوب له وهبتك هذا الشيء أو بالفارسية (أين جيزثرا أو أين مال تري كردم أو بنام تو كردم أو آن تو كردم وما اشبه ذلك من الكلمات) .

النوع الثاني : الألفاظ التي تنعقد بها الهبة كناية وعرفاً كقول الواهب للموهوب له : اكتسِ هذا الثوب أو قوله قد جعلت لك هذه الدار عمرى .

النوع الثالث : وهي الألفاظ التي تحتمل الهبة والعارية معاً كقول الواهب قد جعلت هذه الدار رقباً لك أو حبستها لك ثم يسلمها له فهذا اللفظ عند الطرفين عارية وعند أبي يوسف هبة (الهندية) .

قد ذكر في هذه المادة الإيجاب فقط ولم يذكر القبول كما ذكر ذلك في كتاب البيع والإجارة والرهن وسكوت المجلة عن ذكر ذلك في كتاب الهبة هو لكونه يعلم ذلك مقايسة فلم تر حاجة لتكراره والقبول بالهبة يكون بالألفاظ الدالة على القبول كقول الموهوب له اتهبت أو قبلت الهبة وما اشبه ذلك من الفاظ القبول والحاصل أنه كما تنعقد الهبة بلفظ الهبة تنعقد الهبة أيضاً بلفظ النحل والإعطاء «الهداية» .

وكذلك تنعقد الهبة باللغة التركية بكلمة «جبه» المستعملة في تلك اللغة بمعنى الهبة فلذلك لو قال الدائن لمدينه باللغة التركية «دين سكاجبة أيتدم» يكون الدائن قد وهب دينه للمدين : كذلك إذا قال شخص لولده الصغير باللغة الفارسية «أين مال ترا كردم أو بنام توكردم أو أزآن توكردم» يكون قد وهب ماله (الهندية في الباب الثامن) وكذلك إذا خاطب شخص قوماً معينين قائلاً لهم قد وهبت هذا المال لأحدكم فليأخذه من يريده وقام أحد هؤلاء الناس في ذلك المجلس وأخذه تنعقد الهبة (أبو السعود) .

وكذلك إذا أعطى الزوج قرطاً أو شيئاً آخر من الحلي وقال لها خذي هذا فاستعمليه فمعنى قوله إنني وهبته لك فاستعمليه كذلك لو أعطى زوجته ثياباً قائلاً لها اكتسيها أو مقداراً من المال قائلاً لها اشتري بها ثياباً لتلبسيها عندي وغير ذلك من الألفاظ الدالة على التمليك مجاناً أي الألفاظ القطعية التي تدل على التمليك ولا تحتمل عقداً آخر أنظر المادة (٦٨) .

بناءً عليه لو قبضت الزوجة الحلي أو الثياب أو النقود تمت الهبة ولو أعطت الدراهم التي أخذتها من زوجها على أن تشتري بها ثياباً للتجارة ولم تأخذ بها ثياباً فليس لزوجها دخل فيها (القنية) . أنظر المادة (١١٩٢).

وكذلك لو قالت الزوجة لزوجها أعطيتك هذا المال وقبله الزوج وقبضه كان ذلك هبة .

إيضاح القيود :

١ ـ الكاف ، تدل على أن عقد الهبة لا ينحصر بلفظ الهبة . كما صار إيضاحه .

كذلك لو قال أحد إنني أغرس هذا الكرم على اسم ابني الصغير أو جعلت هذا الكرم لابني

الصغير كان هبة أما إذا قال جعلت هذا الكرم لاسم ابني الصغير وإن يكن أن الأمر في ذلك متردد إلا أنه أقرب للوجه الأول (الولوالجية). قال في الهندية أبو الصغير غرس كرماً أو شجراً ثم قال جعلته لابني فهو هبة وإن قال جعلته باسم ابني فكذلك هو الأظهر وعليه أكثر مشايخنا وإن لم يرد الهبة يصدق ولو قال اغرسه باسم ابني لا يكون هبة فعليه الاعتماد (الطحطاوي)

٢ ـ تمليك المال مجاناً، يستفاد من هذه العبارة أن الهبة لا تنعقد بالألفاظ التي لا تستعمل بمعنى التمليك مجاناً.

وعليه لو قال أحد لآخر هب لي مالك هذا فقال مجيباً له على ذلك باللغة الفارسية (فداي تو باد) أو (أزتو دريغ نيست) فلا تنعقد الهبة. كذلك لو كان لإثنين دابة مشتركة بينهما فقال أحدهما للآخر بالفارسية «من حصهء خود رابتو أرزاني داشتم» فلا يكون ذلك هبة (الهندية في الباب الأول)

٣ ـ «في معنى» و «التي تدل على التمليك مجاناً» فإن هاتين العبارتين تدل على أن مجرد إعطاء أحد آخر شيئاً لا يكون قد وهبه أياه. حتى لو قال لولده الصغير تصرف في هذه الأرض فأخذ يتصرف فيها لا تصير ملكاً له (الهندية في الباب السادس)

رجل دفع إلى ابنه في صحته مالاً يتصرف فيه ففعل وكثر ذلك فمات الأب فإن كان أعطاه هبة فالكل له وإن دفع إليه لأن يعمل فيه للاب فهو ميراث (الهندية).

وعليه لو أنام أحد ابنه الصغير على فراش ثماني سنوات أو عشر سنوات ولم يملكه أياه فيبقى الفراش ملكاً له (الهندية).

كذلك لو قال الزوج بعد طلاق زوجته إن الأثواب التي أعطاها أياها محسوبة من مهرها وقالت الزوجة إنك وهبتني أياها صدق الزوج شرعاً (أبو السعود العمادي).

كذلك لو اشترى الزوج حلياً ودفعه لزوجته وسلمها أياه ثم بعد ذلك توفت الزوجة فقال الزوج هو لي لأنني أعرتها أياه وقال ورثة الزوجة لا بل وهبتها أياه فهو ميراث لنا واختلف الطرفان على هذا الوجه فالقول مع اليمين للزوج. يعني لو حلف على أنه أعطاها أياه عارية ولم يعطه لها هبة يأخذ الزوج ذلك الحلي. لأن الزوج منكر للهبة. والقول مع اليمين للمنكر. أنظر المادة (٧٦). (الهندية في الباب التاسع) راجع شرح المادة الآتية أيضاً.

لو كان لأحد دراهم أو دنانير عند آخر فقال صاحب الدراهم أو الدنانير لذلك الشخص أصرف هذه الدراهم أو الدنانير في حوائجك وصرفها الآخر كان ذلك قرضاً لكن لو كان حنطة وقال له كلها كان هبة (الخانية في أول الهبة). كذلك لو قال أحد لآخر تصرف في هذه العرصة وبقي مداوماً على التصرف فلا يكون قد وهبه أياها.

كذلك لو أعطى أحد لابنه مقداراً من الدراهم فتاجر بها الابن وتزايدت ثم توفي الأب فإذا كان قد أعطاه أياه بطريق الهبة فالكل للابن وإذا كان قد أعطاه أياه على أن يتجر بها له فالكل ميراث (الهندية).

٤ ـ الألفاظ، هذه العبارة خاصة بالإيجاب. لأن الإيجاب على ما صار إيضاحه في شرح المادة (١٠١) يكون بالألفاظ فعليه الهبة لا ينحصر إنعقادها باللفظ فقط بل أيضاً بالتعاطي كما سيذكر في المادة الآتية. ويكون القبول فعلاً أيضاً على ما ذكر المادة (٨٤١).

كذلك إن عبارة الألفاظ هي بالنسبة إلى الناطق ليس إلا لأن الهبة تنعقد بإشارة الأخرس المعهودة أيضاً (أنظر المادة ٧٠).

فعليه لو وهب الأخرس شيئاً من ماله بإشارته المعهودة لزوجته وسلمها ذلك ثم ندم فلا فائدة له من ذلك إلا أنه لا تنعقد الهبة بإشارة الناطق «البهجة أبو السعود العمادي».

٥ ـ بصورة قطعية أي بصورة لا تحتمل عقداً آخر، لأن القرض لما كان أدنى من الهبة فإذا كان لفظ يحتمل القرض والهبة معاً فالتمليك الواقع باللفظ المذكور يصرف إلى القرض. لأن القرض الأقل والسبب في ذلك أن ملك المالك في القرض يزول في مقابل بدل بخلاف الهبة فأنه يزول بلا بدل «الأنقروي».

وعليه لو أعطى أحد آخر مقداراً من الدراهم وقال له إصرفها في حوائجك فلا يكون ذلك هبة بل قرضاً. أما لو أعطاه أثواباً وقال إلبسها فبما أن اقراض الأثواب غير صحيح كان ذلك اللفظ هبة تصحيحاً للتصرف. كما أنه لو أعطى أحد حنطة لآخر وقال له كلها كان هبة لا قرضاً (الأنقروي) وعليه لو اختلف الواهب والموهوب له فقال الواهب قد كان المال المدفوع قرضاً وقال الموهوب له بل هبة فالقول مع اليمين للدافع (التنقيح).

كذلك لو اعطت الزوجة لزوجها مقداراً من الدراهم لينفقه على البيت وأنفقه الزوج ثم بعد ذلك توفيت المرأة وتركت زوجها وسائر الورثة فلسائر الورثة تضمين الزوجة حصتهم من المبلغ المذكور (علي أفندي) وفي الأنقروي ما يخالفه حيث قال كانت تدفع لزوجها ورقاً عند الحاجة إلى النفقة أو إلى شيء آخر وهو ينفقه على عياله ليس لها أن ترجع بذلك عليه (إنتهى ومثله في الطحطاوي).

وعلى ذلك لو أرسل الزوج لزوجته قبل الزفاف أموالاً وأراد بعد ذلك استردادها عند مفارقتها بداعي إنها عارية فالقول للزوج منكر التمليك (أنظر المادة ٧٦). وإذا أقام كل منهما البينة يعني لو جمع في مسألة بين بينة الهبة وبينة العارية رجحت بينة الهبة. وعلى هذا التقدير إذا أعطت الزوجة في مقابل الهدايا المذكورة عوضاً فبما أن تلك الهدايا لم تكن هبة فلا يكون عوض الزوجة في نفس الأمر عوضاً ولها استرداده. لكن حق استرداد الزوجة على هذا الوجه إذا صرحت وقت الإعطاء بكونه عوضاً. (أنظر المادة ٨٦٨ وشرحها). أما إذا لم تصرح بذلك بل نوت أن تكون عوضاً فبما أنه لا تترتب الأحكام الشرعية التي هي من المعاملات على مجرد النية كما هو موضح في شرح المادة الثانية فلا تعد عوضاً بل تكون هبة مستقلة فليس للزوجة استردادها بناءً على المادة (٨٦٧) (التنقيح).

٦ ـ قيل ألا يكون على سبيل المزاح. لأنه لو قال أحد هازلاً لآخر وهبتني مالك هذا؛ فقال له قد وهبتك أياه وقبله الآخر وتسلمه وقبضه جازت الهبة كما هو مبين في بعض الكتب الفقهية وبين بعض

الفقهاء استدلالاً لذلك بأن إيجاب الهبة إذا كان على وجه المزاح كان جائزاً. وقال البعض الآخر بأن الهبة لا تنعقد بالإيجاب والقبول الواقعين بطريق المزاح. والمزاح في المسألة المذكورة بما أنه في طلب الهبة وليس في الهبة والتسليم فلا محل للاستدلال بذلك على انعقاد الهبة بالمزاح (الحموي، أبو السعود المصري؛ الطحطاوي) وقد بين في شرح المادة (١٦٩) أنه يشترط الجد في البيع وأنه لا ينعقد بالهزل.

﴿المادة ٨٣٩﴾ تنعقد الهبة بالتعاطي أيضاً.

كما تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول تنعقد أيضاً بالتعاطي أي بإعطاء الواهب وقبض الموهوب له وتتم يعني تنعقد الهبة بالتعاطي الواقع مع القرينة الدالة على التمليك مجاناً وتكون تامة وفي هذه الصورة يحصل فرق حكمي بين الإيجاب والقبول القوليين وبين التعاطي. فتنعقد الهبة بالإيجاب والقبول القوليين فقط أما بالتعاطي فتنعقد وتتم معاً. وقد جاءت المجلة بالمادة (٨٤١) لإفادة هذا الحكم وعلى هذا الحكم وعلى هذا التقدير لو قالت المجلة في هذه المادة (تنعقد وتتم) فلم يكن ثمة من حاجة إلى المادة (٨٤١).

مثلاً لو أعطى أحد فقيراً نقوداً وأخذها الفقير دون أن يفوه أحد الطرفين بشيء تنعقد هبة خصوصية أي صدقة (القستهاني).

قد اشترط لانعقاد الهبة بالتعاطي وجود قرينة دالة على التمليك على ما هو موضح في شرح المادة الآنفة.

وعليه لو أعطى أحد ابنه مالاً وتصرف الابن في المال فيبقى المادة لذلك الشخص أيضاً. إلا إذا وجدت قرينة تدل على كونه ملك ابنه ذلك المال.

مثلاً لو قال أحد لابنه تصرف في هذه الأرض كما هو مذكور في شرح المادة الآنفة وتصرف الآخر مدة فيه فلا يكون الابن المذكور مالكاً لها كذلك لو أنام أحد ابنه على فراشه المملوك فلا يصبح ذلك الفراش لللابن ما لم يملكه «الهندية»

﴿المادة ٨٤٠﴾ الإرسال والقبض في الهبة والصدقة يقوم مقام الإيجاب والقبول لفظاً.

الإرسال في الهبة والصدقة والهدية من طرف والقبض من الطرف الآخر يقوم مقام الإيجاب والقبول لفظاً مع القبض وبناءً عليه تنعقد بهما الهبة وتتم. وهذا القبض بما أنه كالقبول في البيع على ما هو مصرح به في المادة (٨٤١) الآتية تتم به الهبة يعني أنه يفيد الملكية. وهذه المادة تبين انعقاد الهبة بالتعاطي والتعاطي في الهبة هو عبارة عن الإعطاء من طرف الواهب والقبض من جانب الموهوب له ليس بمعنى الإعطاء من الجانبين.

وبما أن الإرسال يكون في مجلس والقبض في مجلس آخر فيفترق عن التعاطي الواقع في مجلس واحد وليست هذه المادة استدراكاً للمادة الآنفة يعني أن الهبة الواقعة على وجه هذه المادة وإن انعقدت بالتعاطي

فالفرق بينها وبين التي جاءت في المادة السالفة هو ما يأتي: إن المادة المذكورة في حق التعاطي الواقع في مجلس واحد.

أما في هذه المادة فالإرسال يكون في مجلس والقبض يكون في مجلس آخر. وعليه يكون التعاطي في الهبة على نوعين: النوع الأول، ما كان التسليم والقبض في مجلس واحد. النوع الثاني، ما كان الإرسال في مجلس والقبض في مجلس آخر. وإن كان تسليم الرسول في هذا الإرسال وقبض الموهوب له في مجلس واحد. والسبب في قول المجلة (والقبض) عدم تمام الهبة والهدية والصدقة قبل القبض كما يستفاد من المادة (٨٣٧).

حتى أنه لو أرسل أحد لآخر هدية وتوفي المهدى إليه قبل وصولها فتبقى الهدية في ملك المهدي كما أنه لو كان المتوفي هو المهدى فلا تسلم الهدية إليه. أنظر المادة «٨٤٩» مجموع الفتاوي.

﴿المادة ٨٤١﴾ القبض في الهبة كالقبول في البيع بناءً عليه تتم الهبة إذا قبض الموهوب له في مجلس الهبة المال الموهوب بدون أن يقول قبلت أو اتهبت عند إيجاب الواهب أي قوله وهبتك هذا المال

قبض الموهوب في الهبة والهدية والصدقة كقبول الإيجاب في البيع يعني أنه كما ينعقد البيع ويتم إذا وقع الإيجاب من أحد الطرفين وبعد ذلك وقع قبول ذلك الإيجاب من الطرف الآخر تنعقد وتتم الهبة والهدية والصدقة أيضاً بقبض الموهوب له الهبة بعد إيجاب الواهب لفظاً ولو لم يتكلم الموهوب له بأي كلام يدل على قبول الهبة كقوله اتهبت لأن قبض الموهوب له الهبة في مجلس الهبة دليل على قبول الهبة. (الدرر) فعليه لم تقل المجلة بأن القبض بالهبة قبول بل قالت إن القبض في الهبة كالقبول في البيع مشبهة القبول في الهبة بالقبول في البيع وقد قصدت بذلك الإشارة إلى المسألة المهمة وهي انعقاد الهبة. تمامها معاً بالقبض ووجه الشبه في ذلك هو تمام الهبة بالقبض إذ لا حاجة أن يكون المشبه مماثلاً للمشبه به في كل حكم لذلك جاز القبض بعد إيجاب الهبة. لو حصل في غير مجلس الهبة فعليه لا يرد السؤال من أن البيع الذي يقع فيه القبول في غير مجلس الإيجاب غير صحيح أن حكم هذه المادة من أن القبض في الهبة كالقبول في البيع ليس خاصاً بالإيجاب القولي بل يشمل الهبة بالتعاطي أيضاً رغماً عن أن المجلة في مثالها الآتي قد صورت المسألة بالإيجاب القولي إلا أن ذلك قد ورد في صورة المثال فلا يفهم منه التخصيص فعليه إذا أعطى شخص حسبما ذكر في المادة (٨٦٩) قرشاً وسلمه أياه وقبض السائل ذلك القسط يكون هذا القبض كالقبول في البيع كما أنه لو أرسل شخص حسب المادة (٨٤٠) إلى جاره طبقاً من ثمر كرمه مع خادمه وقبضه الجار فهذا القبض أيضاً كالقبول في البيع بناءً عليه تنعقد الهبة وتتم إذا قبض الموهوب له في مجلس الهبة المادة الموهوب وقبل ذلك القبض فعلاً بدون أن يقول قبلت أو اتهبت عند إيجاب الواهب أي قول وهبتك هذا المال أو أهديتك أياه. ويكون الموهوب له مالكاً الموهوب لتحقق القبض (الزيلعي). والقبول كما يكون صراحة يكون دلالة أيضاً. وقبض الموهوب له قبول دلالة (رد المحتار).

قبول الهبة نوعان: ـ

يفهم من هذا أن قبول الهبة على ما ذكر في المادة (٨٣٩) كما يكون بالقبول أحياناً يكون أخرى بالفعل. والقبول بالفعل أقوى من القبول بالقول ووجه ذلك أن الهبة تنعقد بالقبول القولي إلا أنها لا تكون تامة أما في القبول الفعلي فتنعقد به وتكون تامة معاً.

مثال آخر: لو قال أحد لجماعة قد وهبت هذا المال لأحدكم فمن أراده منكم فليأخذه فأخذه أحدهم كان مالكاً له وقبض الموهوب له هذا قبول فعلي على وجه هذه المادة.

هل قول المجلة في مثالها هذا (إذا قبضه في مجلس الهبة) تعبير احترازي أم لا؟ ولنبادر إلى تفصيل ذلك وبيان الاختلاف في ذلك الشأن. للهبة بعد إيجاب الوهاب ثلاث احتمالات في قبض الموهوب له.

الاحتمال الأول، إعطاء إذن الواهب صراحة بقبض الموهوب. وعلى هذا التقدير يوجد صورتان، الصورة الأولى أن يقبل الموهوب له إيجاب الواهب قولاً في مجلس الإيجاب وللموهوب له في هذه الحال قبض الموهوب في مجلس آخر كما هو مذكور في المادة (٨٤٤). الصورة الثانية، أن لا يقبل الموهوب له إيجاب الواهب في مجلس الإيجاب ويسكت.

وفي هذه الصورة مثلاً إذا قال الواهب وهبتك مالي هذا فخذه وقبضه الموهوب له بدون أن يقول قبلت قولاً في ذلك المجلس فلا شبهة في تمام الهبة. إلا أنه إذا لم يقبل الموهوب له في ذلك المجلس كلاماً يدل على القبول كما أنه لم يقبض الهبة فهل للموهوب له أن يقبضها في مجلس آخر فقد اختلف الفقهاء في ذلك فقال بعضهم بصحة القبض لأن الواهب قد أذن صراحة بالقبض فيجوز القبض في مجلس آخر كما هو مصرح في المادة (٨٤٤) وتتم الهبة بذلك وقد رجح هذا القول قاضيخان الذي هو من أعظم أرباب الترجيح(الفتاوى القاعدية والنهاية وعبد الحليم وأبو السعود المصري) فسبب قول المجلة في مجلس الهبة هو أنه حيث لم يذكر في مثال المجلة الإذن بالقبض صراحة فأصبح حسب الفقرة الثانية من المادة (٨٤٤) قبض الهبة في مجلس الهبة شرطاً ومع أنه اشترط اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول في البيع (أنظر الفصل الثاني من الباب الأول) فعلى هذا القول لم يشترط ذلك في الهبة فانه تمليك يحتاج إلى القبول في المجلس (الهندية في الباب الحادي عشر).

وجاء في فتح القديرجواباًعلى هذا. إن ركن الهبة عبارة عن إيجاب الواهب فقط أما القبول فليس معدوداً من الركن استحساناً وإن كان معدوداً منه قياساً انتهى. وعليه فقد وجد هذا القول مبنياً على الاستحسان. لكن المجلة قد اختارت القول القائل بأن القبول ركن للهبة أيضاً كما هو موضح في شرح المادة (٨٣٧) فكان هذا الجواب غير مقبول على رأي المجلة وعند البعض الآخر بما أن القبض المذكور قائم مقام قبول الهبة فيعتبر فيه مجلس العقد المذكور في المادة (١٨٢) يعني بما أن القبول مقيد بمجلس العقد فلا تنعقد الهبة بالقبض في مجلس آخر وهذا القول للقياس لأن ركن الهبة لمقتضى القياس هو عبارة عن الإيجاب والقبول معاً والإيجاب فقط ليس بركن والحال أنه يلزم أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس

واحد (الفتح) وبما أن المجلة تعتبر ركن الهبة عبارة عن الإيجاب والقبول معاً فهل يلزم أن يقال ان هذا القول في هذه المسألة هو المعتبر؟

إحتمال ثان، عدم إذن الواهب بالقبض صراحة وسكوته. وحكم ذلك كما سيأتي في المادة (٨٤٥) هو أن الموهوب له إذا قبض الموهوب في ذلك المجلس كان صحيحاً أما إذا قبض في مجلس آخر فلا.

إحتمال ثالث، نهي الواهب له عن قبض الموهوب وحكم هذا سيذكر في المادة (٨٦٣).

﴿المادة ٨٤٢﴾ - (يلزم إذن الواهب صراحة أو دلالة في القبض).

أي في قبض الموهوب الذي تتم به الهبة.

وفي هذه الصورة لا يعتبر القبض الواقع بدون إذن الواهب. لأن القبض لما كان تصرفاً في ملك الواهب فلا يكون صحيحاً ما لم يوجد إذن به من الواهب صراحة أو دلالة. لأن الموهوب ما لم يقبض يبقى في ملك الواهب بعد الإيجاب والقبول أيضاً (الهداية) (نظر المادة (٩٦).

يبين في المادة الآتية|الإذن بالقبض صراحة أو دلالة.

فعلى ذلك إذا قبض الموهوب له الهبة بدون أن يوجد إذن من الواهب على هذا الوجه فلا تتم الهبة بذلك القبض فعليه إذا قبض الموهوب له الهبة بدون الإذن المذكور وتلفت في يده يضمن فعلى ذلك إذا أدعى شخص على آخر قائلاً إن الدار التي تحت يدي قد تصدقت بها علي وأذنتني بقبضها وأدعى الآخر قائلاً إنك قبضتها بدون إذني فالقول للآخر أنظر المادة (٧٦) أما إذا أدعى شخص على آخر قائلاً إن الدار كانت في يدي وتصدقت بها علي فجازت الصدقة بحكم المادة (٨٤٦) وأدعى الآخر إن الدار كانت في يدي وقت التصدق وقد قبضتها بدون إذني فالقول للمتصدق. أنظر المادة (٧٦).

أما لو أدعى الأول قائلاً للآخر إنك تصدقت بها علي وهي في يده وقد جازت الصدقة بمقتضى المادة (٨٤٦) وقال له الآخر قد كانت في يدي وقت التصدق وقبضتها بلا إذني فالقول للأول.

﴿المادة ٨٤٣﴾ - (إيجاب الواهب إذن دلالة بالقبض وأما إذنه صراحة فهو قوله خذ هذا المال فإني وهبتك أياه إن كان المال حاضراً في مجلس الهبة وإن كان غائباً فقوله وهبتك المال الفلاني إذهب وخذه هو أمر صريح).

إيجاب الواهب إذن دلالة بالقبض أي إيجاب الواهب تسليط على القبض.

بناءً عليه لو قبض الموهوب له الموهوب بإذن الواهب دلالة على هذا الوجه يملكه ويصبح القبض بالإذن دلالة استحساناً والقياس عدم صحة القبض ما لم يكن للواهب إذن صريح. لأن القبض المذكور بما أنه تصرف في ملك الغير بلا إذن فالقياس بمقتضى المادة (٩٦) عدم الجواز. لأن ملك الواهب قبل القبض باق (العناية).

وجه الاستحسان: هو أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له وهو متوقف على القبض فأصبح بذلك القبض في الهبة كالقبول في البيع ولما كان لا يشترط في البيع إذن البائع صراحة بعد الإيجاب والقبول فكذلك لا يشترط في الهبة الإذن بالقبض يعني أن مقصود الواهب من عقد الهبة إثبات الملك للموهوب له فإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض تحصيلاً لمقصوده فكان إذناً دلالة (الفتح والعناية والهداية).

مثلاً: بما أن قول الواهب وهبتك هذا المال يدل على أنه قال له إقبض هذا المال فلو قبض الموهوب له الموهوب تتم الهبة ولو لم يقل الواهب بعد الايجاب للموهوب له اقبضه صراحة (الهداية).

استثناء: لكن كون الإيجاب إذناً دلالة فيما إذا لم ينه الواهب بعد الإيجاب عن القبض. كما جاء في المادة (٨٦٣). وإلا فلا يكون في هذه الصورة إذناً (الهداية) أنظر المادة (١٣). فعليه ليس للموهوب له بعد هذا النهي قبض الموهوب في مجلس الهبة ولا بعد الافتراق (الدرر)

أما الإذن صراحة فهو قوله خذ هذا المال فإني وهبتك اياه إن كان حاضراً وموجوداً في مجلس الهبة وإن كان غائباً فقوله وهبتك المال الفلاني إذهب وخذه أمر صريح. وصحة القبض بهذا فيما إذا لم يمنع الواهب الموهوب له عن قبض الموهوب يعني إذا لم ينهه عنه بعد الأذن الصريح. أما إذا نهاه عن القبض بعد الإذن وقبل القبض فلا حكم للإذن السابق. وليس له بعد ذلك حسب المادة (٨٦٣) قبض الموهوب للإذن بالقبض ثلاث صور: الصورة الأولى، أمر الواهب بالقبض يعني إعطاء الإذن صراحة بالقبض. والفقرة الأولى من المادة تبين حكم هذا.

الصورة الثانية، نهي الواهب عن القبض. وحكم ذلك يأتي في شرح المادة (٨٤٤) المذكورة.

الصورة الثالثة، سكوت الواهب عن القبض وحكم ذلك يأتي في الفقرة الثانية من المادة الآتية (عبد الحليم)

﴿المادة ٨٤٤﴾ ـ(إذا أذن الواهب صراحة بالقبض يصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة وبعد الافتراق أما الإذن دلالة فمعتبر بمجلس الهبة ولا يعتبر بعد الإفتراق.

مثلاً: لو قال وهبتك هذا وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح وأما لو قبضه بعد الإفتراق عن المجلس لا يصح كذلك لو قال وهبتك المال الذي هو في المحل الفلاني ولم يقل إذهب وخذه فإذا ذهب الموهوب له وقبضه لا يصح.

إذا أذن الواهب صراحة بالقبض يصح قبض الموهوب له المال الموهوب سواء في مجلس الهبة أو بعد الافتراق أي افتراق الطرفين من مجلس الهبة. يعني تتم الهبة بهذا القبض ويملك الموهوب له المال الموهوب بهذا القبض قياساً واستحساناً. لأنه لما كان أمر الواهب بالقبض مطلقاً فيجري على إطلاقه بناء على المادة (٤٦) فلا يتقيد بالمجلس أو بغيره. لأن الثابت بالنص لما كان يثبت على كل وجه فيتحقق الإذن بالقبض

في المجلس وبعده (الفتح) وبما أن مثال هذه الفقرة يظهر من المادة الآتية ولم تذكر لها المجلة مثالاً فنورد لذلك لزيادة الإيضاح مثالاً فيما يأتي: لو قال الموهوب له قبلت بناءً على قول الواهب له وهبتك هذا المال فخذه. فكما أن للموهوب له قبضه في ذلك المجلس فله قبضه أيضاً بعد الافتراق. إذا لم ينه الواهب قبل القبض عن القبض أنظر المادة (١٣٢).

كذا لو قال الواهب قد وهبتك مالي الذي في المحل الفلاني إذهب فخذه وذهب إليه وقبضه تمت الهبة ولو لم يقل الموهوب له في مجلس الهبة قبلت وهذا بناءً على ترجيح قاضيخان كما هو مذكور في شرح المادة (٨٤١). (عبد الحليم).

أما الإذن بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبة بناءً عليه إذا قبضه في المجلس المذكور وكان الموهوب عيناً كان هذا القبض معتبراً استحساناً (لا قياساً). أما بعد الافتراق فلا يعتبر القبض استحساناً ولا قياساً ولا يصبح الموهوب له بهذا القبض مالكاً للموهوب. وتتوقف صحة القبض بعد الافتراق على الإذن الصريح. لأن القول بأن إيجاب الهبة تسليط وإذن بالقبض هو لإلحاق القبض بقبول الإيجاب وبما أن القبول يتقيد بمجلس الإيجاب فالقبض يتقيد بذلك أيضاً (العيني، الطحطاوي).

مثلاً: لو قال الواهب وهبتك هذا المال ولم يقل له إقبض وقبضه الموهوب له أيضاً في ذلك المجلس صح وتمت الهبة وقد أشير في هذا المثال بقوله هذا المال إلى أن تمام الهبة بقبضها بالإذن دلالة في مجلس الهبة على وجوب أن يكون المال الموهوب عيناً.

أما إذا كان الموهوب ديناً فما لم يكن إذناً بالقبض صراحة فليس له قبضه في المجلس لا تتم الهبة أيضاً وقد أشارت المادة (٨٤٨) بقولها (إذهب فخذه صراحة) إلى ذلك (عبد الحليم).

حتى أنه لو قال أحد لآخر قد وهبتك خمس كيلات من صبرة الحنطة هذه وكال الموهوب له الحنطة من تلك الصبرة في حضور الواهب وأخذها فلا يكون مالكاً لها. أما لو قال له وهبتك من هذه الصبرة خمس كيلات حنطة فكلها وكال الموهوب له الحنطة يملكها (الهندية في الباب الثاني فيما يجوز من الهبة وما لا يجوز) «أنظر شرح المادة ١٥٨».

ويفهم من التفصيلات الآنفة أن فقرة المادة هذه وإن كانت مطلقة فقد تقيدت بالمادة (٨٤٨) السالفة الذكر.

أما لو قبض بعد الافتراق عن مجلس الهبة فلا يصح ولا تتم الهبة (الهندية) متى أنه لو قبض بعد ذلك كان غاصباً.

كذلك لو قال الواهب قد وهبتك مالي الذي في المحل الفلاني ولم يقل له إذهب فخذه فلو ذهب الموهوب له وقبضه فلا يصح. فإذا قبضه يعد غاصباً فللواهب استرداده وطلب بدله إذا تلف.

﴿المادة ٨٤٥﴾ - (للمشتري أن يهب المبيع لآخر قبل قبضه من البائع، ويأمر الموهوب له بالقبض).

وإذا قبض الموهوب له على وجه المادة الآنفة المبيع المذكور بناءً على هذا الأمر والهبة كانت الهبة تامة (الحموي) سواء أكان المال الموهوب منقولاً أم عقاراً.

وبما أن بيع المبيع المنقول غير جائز قبل القبض كما هو مصرح في المادة (٢٥٣) فتفترق الهبة في هذا الخصوص عن البيع ووجه الفرق هو أن كل تصرف يتم بالقبض كما ورد في المادة (٢٥٣) كالهبة والإعارة والتصديق والإقراض فللمشتري التصرف بالمبيع المنقول بذلك التصرف وله أن ينيب آخر بالقبض ويصبح بعد ذلك النائب قابضاً لنفسه ويعتبر في هذه الحالة أن الهبة حصلت بعد القبض إلا أن هبة المشتري للمبيع على هذا الوجه لا يسقط حق حبس البائع للمبيع الثابت له بموجب المادة (٢٧٨) وقد فصلت هذه المسألة في المادة (٢٥٣)

إيضاح القيود:

(١) قبل القبض، فهو ليس قيداً احترازياً إذ جواز الهبة بعد القبض أولى.

(٢) لآخر، هذا القيد احترازي. لأن المشتري إذا وهب المبيع للبائع قبل قبضه منه وقبل البائع الهبة فيكون ذلك إقالة للبيع وتجري فيها أحكام الإقالة أنظر المادة (٣). كذلك لو وهب الآخر بدل إيجار العين للمستأجر قبل قبضه منه وقبله المستأجر فالحكم على هذا المنوال. يعني أنه يكون قد أقال بذلك عقد الإيجار ففي هاتين الصورتين قد كانت الهبة إقالة مجازاً أنظر المادة (٦١)

(٣) الهبة: إن هذه العبارة هي كما بين آنفاً من وجه ليست احترازية فكل تصرف تمامه القبض. والحكم في هذا كالهبة. ومن وجه احترازية لان بيع المبيع المنقول قبل القبض من آخر ليس جائزاً أنظر المادة (٢٥٣).

﴿المادة ٨٤٦﴾ - (من وهب ماله الذي هو في يد آخر له تتم الهبة ولا حاجة إلى القبض والتسليم مرة أخرى).

إذا تجانس القبضان قام أحدهما مقام الآخر. أما إذا تغاير أقام الأقوى مقام الأضعف. لكن لأضعف لا يقوم مقام الأقوى. لأنه يوجد في الأقوى مثل الأدنى وزيادة أما الأدنى فليس فيه الأقوى فلا يقوم مقامه (الزيلعي. الطحطاوي)

وعليه لو وهب أحد ماله الذي هو في يد آخر مضموناً كالوديعة والإجارة واللقطة أو الأمانة بصورة أخرى والمقبوض بالبيع الفاسد أو يغصب لذلك الشخص تتم الهبة وتنعقد بقول الموهوب له قبلت أو اتهبت ولو لم يكن ذلك المال حاضراً وموجوداً في مجلس الهبة ولا حاجة لتمام الهبة إلى تسليم جديد من طرف الواهب وإلى القبض من جانب الموهوب له أو مرور وقت بعد الإيجاب والقبول يقتدر به على القبض (العناية). بناءً عليه تتم هذه الهبة بدون حاجة إلى مرور وقت يتمكن فيه الموهوب له من البلوغ إلى المحل الذي يوجد فيه الموهوب (القهستاني) حتى إن الموهوب لو تلف في يد الموهوب له قبل تجديد القبض تلف على أنه مال الموهوب له بناءً عليه إذا كان المال الموهوب فرساً وهلك في يد

الموهوب له قبل تجديد القبض فنفقات إلقاء جيفته في البحر على الموهوب له (أبو السعود بتغيير ما)

يفهم من التفصيلات السالفة أن قبض الوديعة والعارية يقوم مقام قبض الهبة التي هي من جنس واحد كما إن القبض بالغصب والبيع الفاسد يقوم مقام القبض في الهبة التي هي دونها لكن القبض في الوديعة والعارية لا يقوم مقام قبض الشراء (الهداية) لأنه لما كان قبض الأمانة ضعيفاً فلا يقوم مقام قبض الضمان (العناية).

إيضاح القيود:

١ ـ المال.

بما أن لفظ المال كما ذكر في المجلة مطلقاً فيشمل الأمانة والمضمون والمنقول والعقار أنظر المادة (٦٤)

٢ ـ قبلت.

قد أشير بهذه الكلمة إلى القبول صراحة شرط وليست مقيسة على المادة (٨٤١) لأن القبول إذا لم يكن لازماً فلا حاجة للقبض ويلزم أن يملك الموهوب له الموهوب بدون رضاه (رد المحتار) والواقع أنه ليس لأحد أن يثبت ملكاً لآخر أي أن يملك آخر بدون رضاه كما هو مصرح به في شرح المادة (١٦٧).

فإذا لم يكن الموهوب له راضياً فلا يمكن أن يثبت له ملك لأن احتمال الضرر موجود (الطحطاوي) ويستثنى من هذه القاعدة الميراث فقط أنظر المادة (٨٤١).

٣ ـ ولا يحتاج إلى القبض. وتفصيل ذلك كما يأتي:

القبض ثلاثة أقسام.

القسم الأول، قبض مضمون بقيمة المقبوض أو بمثله. كالقبض في المال المغصوب لأن قبض الغاصب في المال المغصوب موجب للضمان على ما هو مذكور في المادة (٨٩١). كذلك الحكم على هذا المنوال في المال المقبوض بطريق سوم الشراء مع تسميته الثمن والمال المقبوض بالبيع الفاسد أنظر المادتين (٢٩٨ و ٣٧١).

وعليه لو باع صاحب المال المقبوض على هذا الوجه ماله هذا من قابضه بيعاً صحيحاً فلكون القبضين متفقين أي لأنهما مضمونان فلا حاجة إلى تجديد القبض ويقوم القبض السابق مقام القبض اللاحق اللازم في البيع كما أنه لو وهبه للقابض فيملكه الموهوب له بمجرد قبول الهبة ولا حاجة لقبض آخر ويبرأ الموهوب له من الضمان بقبوله بمجرد الهبة (أبو السعود).

سؤال ـ بما أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند القبض كما هو في المادة (٣٦٦) فكيف يصح للبائع هبته للمشتري يعني أنه ما دام ملكاً للمشتري فما معنى تمليكه للمشتري مرة أخرى بالهبة؟

الجواب على ثلاثة أوجه:

أولاً: كأن البائع والمشتري فسخا البيع الفاسد وبعد فسخه وهبه البائع للمشتري القابض.

ثانياً: إن المشتري قد قبض المبيع ببيع فاسد بلا أمر البائع فأصبح غير مالك له فوهب البائع ذلك المقبوض للمشتري (الفتح) فيه أن هذا هو المقبوض بالغصب.

ثالثاً: ليس بعيداً أن تكون نفس الهبة فسخاً للبيع الفاسد اقتضاء يعني إذا وهبه البائع للمشتري بعد البيع الفاسد وقبض المشتري أياه بإذن البائع ينفسخ البيع الفاسد بهذه الهبة ويملك المشتري المبيع هبة.

والحاصل. إن القبض السابق في الأموال الثلاثة يعني في المغصوب والمقبوض بسوم الشراء مع تسمية الثمن وفي المبيع بيعاً فاسداً يقوم مقام القبض اللاحق أي أن القبض السابق يقوم مقام القبض اللاحق لأن القبض السابق أعلى وأقوى من القبض اللاحق اللازم في الهبة (الكفاية وأبو السعود).

القسم الثاني ـ القبض المضمون بغيره كقبض المبيع المضمون بالثمن والرهن المضمون بالدين أنظر المادة (٢٩٣) مع اللاحقة التي في شرح المادة (٧٤١).

وهذا القسم الثاني من القبض قد اختلفت الكتب الفقهية في قيامه مقام قبض الهبة وإننا ننقل هنا المسائل التي تخالف بعضها بعضاً في الكتب الفقهية ونترك ترجيحها لأهل الاقتدار فقد ذكر القهستاني والهندية والتبيين في هذا القسم من القبض أنه يقوم مقام القبض اللازم في الهبة أما الكفاية وجواهر الفقه والمجتبي فقد ذكروا أن هذا القسم الثاني من القبض لا يقوم مقام القبض اللازم في الهبة ولا بد من قبض جديد (نقول البهجة). لأن العين وإن كانت في يده مضمونة إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجبة له فلم تكن الهبة براءة وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض (الطحطاوي)

القبض الجديد عبارة عن مرور وقت يتمكن الموهوب له بلوغ الموضع الذي يوجد فيه المال الموهوب (جواهر الفقه، العناية، الطحطاوي). وقد مر نظير ذلك في الفقرة الأخيرة من المادة (٢٧٠)

القسم الثالث: قبض الأمانة كقبض الوديعة والعارية والمأجور والمال الموهوب لأن القبض في مال الوديعة والعارية على ما هو مذكور في المادتين (٧٧٧ و ٨١٣) لا يوجب الضمان كما إن القبض في الموهوب على ما هو مسطور في المادة (٨٧١) غير موجب للضمان أيضاً وكل ذلك قبض أمانة بناء عليه فهذا القسم الثالث أيضاً يقوم مقام القبض في الهبة (الزيلعي).

(س) لما كان وضع يد المستودع على الوديعة للمودع فأصبح المستودع نائباً للمودع في يده على الوديعة وحفظه له وعاملاً لها فيجب أن لا يقوم هذا القبض مقام القبض اللازم في الهبة ويكون الموهوب قد وهب وهو في يد الواهب

الجواب: إن المستودع وإن كان عاملاً للمودع وإن يد المستودع كيد المودع ولكن بعد الهبة لا يكون عاملاً للمودع وبما أنه واضع يده بناءً على الوديعة حقيقة يكون المستودع بهذا الاعتبار قابضاً (الزيلعي).

حق الرجوع بعد هبة الوديعة لذي اليد اذا ظهر مستحق:

اذ وهبت الوديعة لذي اليد على الوجه المحرر آنفاً يعني للمستودع وظهر بعد تلفها في يده مستحق كان المستحق مخيراً. إن شاء ضمنها للواهب وإن شاء للموهوب له أنظر المادة (٩١٠). وإذا ضمن الموهوب له ينظر فيها أذا جدد الموهوب له القبض بعد الإتهاب وقبل تضمين المستحق الواهب المودع فليس للموهوب له أن يرجع على الواهب بما ضمنه. (أنظر المادة ٨٦١) أما إذا لم يجدد قبضه فللموهوب له الرجوع على الواهب بما ضمنه والفرق هو إذا لم يجدد الموهوب له القبض لا ينتقض عقد الوديعة بالهبة فيكون ذلك غروراً في عقد عائد نفعه للدافع كما بين ذلك في شرح المادة (٦٥٨) الذخيرة فصل «١٣» فعليه إذا ظهر مستحق بمال وهبه الأب لطفله الصغير وتلف ذلك المال فضمن المستحق الأب فليس للأب الرجوع بذلك على ولده الصغير أما إذا ضمن الصغير المال بعد البلوغ ينظر فإذا جدد الصغير بعد البلوغ القبض في ذلك المال فليس له الرجوع على أبيه أما إذا لم يجدد القبض بعد البلوغ فله الرجوع على أبيه «الهندية في الباب الثالث في الهبة للصغير» «أنظر المادة ٦٥٨».

﴿المادة ٨٤٧﴾ - (إذا وهب أحد دينه للمديون أو أبرأ ذمته عن الدين ولم يرده المديون تصح الهبة ويسقط عنه الدين في الحال).

لا يشترط القبول في هبة الدين للمديون أو إبرائه منه. لكن يرد برده. لأن هبة الدين للمديون والإبراء من الدين هما من وجه تمليك ومن وجه آخر إسقاط. فمن حيث أنه إسقاط يصح بلا قبول ومن حيث إنه تمليك فيرد برده (الولوالجية). كما ترد التمليكات التي كالبيع بعد الإيجاب برد الطرف الآخر أياها.

وعليه فقد صارت هبة الدين والإبراء منه تمليكاً من وجه. لأن الدين مال من وجه أي مالاً وباعتبار الآتي حتى تجب الزكاة فيه كما يصح اشتراء الدائن متاعاً من المديون في مقابل دينه. أما البيع فهو مبادلة مال بمال. وقد صار من وجه إسقاطاً. لأن الدين باعتبار الحال وصف شرعي حتى إنه إذا لم يكن عيناً وحلف من له دين على أن لا مال له لا يحنث كما أنه لا يصح أن يشتري أحد مالاً من عمرو بما له على زيد من الدين فعليه يرد التمليك بالرد باعتبار الدين مالاً أما باعتباره وصفاً فيسقط لأن الإسقاط يتم بوجود المسقط ولا يتوقف على القبول (الزيلعي في الإجارة مع الإيضاح)

بعض مسائل متفرعة عن الضابط الأول: -

المسألة الأولى: إذا وهب أحد دينه لمديونه أو أبرأ ذمته أو أباحه دينه ولم يرد الآخر الهبة أو الإبراء أو الإباحة تصح الهبة أو الإبراء او الإباحة ويسقط عنه الدين في الحال بدون توقف على قبول المديون وتكون الهبة بمعنى الإبراء مجازاً. وبما أنه يلزم في الهبة القبول دون الإبراء كما هو مذكور في المادة (٨٣٧) فتفترق الهبة عن الإبراء من هذه الجهة.

المسألة الثانية: لو قال أحد لمديونه تركت لك ديني أو قال «حق خويش بتوماندم أو ترابحل كردم» فيكون قد أبرأه وليس له أن يطلب دينه المذكور منه كما أنه لو قال أحد (همه غر بما نراجل كردم) برئ

مديونو ذلك الشخص (الهندية وواقعات المفتين)

المسألة الثالثة، لو أباح الدائن مديونه الدين عندما بلغته وفاته أو أبرأه منه وثبت بعد ذلك أن المديون حي فليس له أخذ دينه بعد بناء على المادة (٥١) (الأنقروي).

المسألة الرابعة ـ لو وهب أحد الشركاء الدائنين حصته في الدين المشترك للمديون صحت الهبة. كذلك لو توفي أحد قبل أن يأخذ دينه الذي في ذمة زيد ووهب الورثة ذلك الدين للمديون كانت الهبة صحيحة في حصته (علي أفندي).

كذلك إذا كان لشخصين على زيد دين أربعمائة قرش مناصفة ووهب أحدهما حصته لزيد يعني لو قال وهبتك حصتي برئ زيد من مائتي قرش وإذا قال وهبتك نصفه نفذ في ربعه وبقي في الربع الثاني موقوفاً على إذن الشريك الثاني. أنظر المادة (٨٥٨) (البزازية والأنقروي). كما في هبة نصف العين المشتركة. (الخانية قبيل فصل في هبة المشاع)

ولو باع أحد صاحبي مال مشترك بينهما مناصفة نصف ذلك المال ينصرف ذلك إلى حصته. لكن لو باع الفضولي نصف المال المذكور وأجاز أحد الشركاء نفذ في ربع المال فقط «الفصولين في الفصل الرابع والعشرين» وقد مر في هذا الشأن بعض المسائل في البيوع.

المسألة الخامسة ـ ويفهم من قوله إذا لم يرد أنه لا حاجة أن يقول المديون قبلت الهبة أو الإبراء لتمامها حتى أنه توفي المديون قبل القبول لزمت الهبة (جواهر الفقه، الهندية).

فائدة: إذا كان مقدار من دين الدائن على مديونه معجلاً ومقدار مؤجلاً ووهب الدائن قسماً من هذا الدين للمديون وانصرفت الهبة إلى المعجل والمؤجل مناصفة لأنه لا مرجح لصرفه إلى أحد هذين القسمين وليس أحدهما أولى من الآخر مثلاً لو كان للدائن على مديونه ألف قرش معجلة وألفاً أخرى مؤجلة وقال الدائن للمديون بدون تعيين وهبتك خمسماية قرش فتسقط مائتان وخمسون من المعجل ومائتان وخمسون من المؤجل (الهندية في الباب الحادي عشر).

إيضاح قيود المسألة الأولى:

١ ـ مديونه، هذا التعبير باعتبار احترازي فخرجت الهبة بغير المديون وسيبين حكم ذلك في المادة الآتية وباعتبار آخر ليس احترازياً فلو وهب دائن المتوفي دينه لورثته كانت هبة صحيحة. ولو كانت تركته مستغرقة بالدين وإذا رد الوارث هذه الهبة ردت عند أبي يوسف أما عند الإمام محمد فلا ترد برد الوارث (التاتار خانية، الهندية في الباب الرابع). المديون يفهم من ذكر هذا التعبير بصورة مطلقة أن الهبة للمدين صحيحة ولو كان قد توفي بناءً عليه لو وهب الدائن دينه الذي على المتوفي له كانت صحيحة وإذا رد لوارث هذه الهبة يجري الاختلاف المذكور آنفاً كذلك لو وهب الدائن دينه لبعض ورثة المتوفي تكون الهبة صحيحة أيضاً وتكون كالهبة للمتوفي بناءً عليه يستفيد جميع الورثة منه ويرد هذا الإبراء على القول الثاني برده.

ويفهم من التفصيلات الآنفة في هبة الدين ثلاثة احتمالات.

أولها للدائن، أن يهب دينه لمديونه الحي.
ثانيها، للدائن أن يهبه لمديونه المتوفي.
ثالثها، للدائن أن يهبه لبعض ورثة مديونه المتوفي أو لكلهم (الأنقروي).

٢ ـ الهبة، يستفاد من ذكر كون الهبة صحيحة على الإطلاق إن بقاء الدين في هبة الدين للمديون أو ابرائه منه ليس شرطاً يعني انه لا يشترط في ذلك ألا يكون قد قبض الدين. بناءً عليه لو أبرأ الدائن مديونه من الدين بعد استيفائه منه إبراء اسقاط أو وهبه له كان صحيحاً فلو قال الدائن بعدما أخذ دينه من مديونه (وامي كه مرا بوده است بتوبخشيدم) كان صحيحاً. ويسترد المديون ما أعطاه لدائنه أنظر شرح المادة (١٥٨) كذلك لو أدى أحد ذلك الدين للدائن تبرعاً وقال بعد ذلك الدائن الكلام المذكور كان الإبراء صحيحاً أيضاً ويسترد المتبرع ما أعطاه للدائن (الهندية في الباب الرابع).

٣ ـ الإبراء، يستفاد من ذكره مطلقاً أنه لا يشترط أن يكون الحق الذي يبرأ منه معلوماً. حتى انه لو قال أحد لآخر (إجعلني في حل من كل حق لك علي وأحله الآخر) فإذا كان صاحب الحق عالماً بما له من حق على ذلك الشخص برئ حكماً وديانة. أما إذا لم يكن عالماً فيبرأ عند أبي يوسف حكماً وديانة أيضاً والمفتي به هو هذا أيضاً لأن جهالة الساقط ليس مانعاً لصحة الإسقاط. أما عند الإمام محمد فيبرأ حكماً ولا يبرأ ديانة (الولوالجية).

لكن إذا كان الإبراء مشروطاً بشرط فيلزم مراعاة ذلك الشرط. وإلا فلا يكون الإبراء صحيحاً والدين ساقطاً. ولو قال أحد لزوجته لا أهبك هذا المال حتى تبرئيني من مهرك فابرأته الزوجة فامتنع عن أن يهبها المال المذكور بقي مهر الزوجة كما كان بناء على المادة (٨٥٥) «البزازية».

كذلك قد بين في شرح المادة (٨٣٤) عدم صحة الإبراء أيضاً بطريق الرشوة.

بعض مسائل مستثناة من الضابط الأول يستثنى من ضابط:

لا يشترط القبول في هبة الدين وإبرائه ثلاث مسائل:

(١) الإبراء من بدل الصرف (٢) الإبراء من بدل السلم.

وعليه إذا كان الدين بدل صرف أو بدل سلم فبما أن الإبراء من هذا الدين موجب لانفساخ عقد الصرف والسلم وليس لأحد العاقدين وحده فسخ العقد اللازم فيلزم القبول في هبته وإبرائه. ولا يبرأ المديون بدون القبول.

وتوفي قبل القبض والتسليم ثم قبضه بعد ذلك وقال الموهوب له قبضته في حياته فبما أن الوارث يكون منكراً لزوم الهبة فالقول قوله حسب المادة (٧٦) سواء أكانت العين الموهوبة في يد الوارث أم كانت في يد مدعي الهبة (الدر المختار ورد المحتار، والمنح). قوله والعين في يد الوارث هذا ليس بقيد لما في الهندية قال المدعى عليه وهب لك والدي هذا العين فلم تقبضه إلا بعد موته. قال الموهوب له قبضته في حياته والعين في يد الذي يدعي الهبة فالقول للوارث لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض (الطحطاوي).

﴿المادة ٨٥٠﴾ - (إذا وهب أحد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئاً يلزم التسليم والقبض).

قبض العاقل البالغ في الهبة شرط. ولا يكفي قبض الآخرين فضولاً كالأب والزوج. وعليه لو وهب أحد لولده الكبير أي ابنته او ابنه العاقل البالغ شيئاً سواء أكان ذلك الشيء في يد الشخص أم في يد المستودع أم الغاصب أم المستأجر فيلزم تسليم الواهب وقبض الموهوب له ولو كان الولد الموهوب له لا يزال في عيال ذلك الشخص. يعني يلزم التسليم والقبض في الهبة للوالد الكبير كما في الهبة لأجنبي إذ لا يجري في ذلك حكم المادة الآتية فلا يكفي أن يكون المال الموهوب في يد الأب الواهب أو أن يجدد الأب بعد الهبة القبض (منلا مسكين) أنظر المادة (٨٣٨).

وعليه لو وهب أحد داراً لابنيه أحدهما صغير في عياله وثانيهما كبير كانت الهبة فاسدة في الكل لأن ذلك الشخص كما انه قد وهب فهو قابض لحصة الصغير بمقتضى المادة الآتية ثم بما أنه يلزم بمقتضى هذه المادة قبض الكبير بالذات والهبة وقت القبض مشاع وهبة المشاع فاسدة. أما لو وهب لابنين كبيرين وسلمهما معاً جاز. لأنه لا شيوع وقت القبض (الولوالجية في الفصل الثاني من الهبة) وستأتي تفصيلات في هذا الشأن في لاحقة شرح المادة (٨٥٨).

كذلك لو وهب شيئاً ما لامرأة بالغة فلا تكون تلك المرأة مالكة لذلك الشيء بقبض زوجها اياه فضولاً.

كذا لو قطع أحد لزوجته ثوباً فلا تتم الهبة بمجرد قطعه اياه ويلزم التسليم. (الأنقروي)

كذلك لو قطع أحد لابنته الكبيرة أثواباً فإن لم يسلمها اياها فلا تتم الهبة. أما لو قطعها لابنته الصغيرة فإنها تملكها كما سيأتي في شرح المادة الآتية.

وقد فسر لفظ كبير بالعاقل البالغ لأنه كما سيذكر في شرح المادة (٨٥١). إذا كان ابنه صغيراً أو كبيراً وكان مجنوناً جنوناً مطبقاً فالحكم فيهما على وجه المادة الآتية. يعني إذا كان ذلك الشيء في يد ذلك الشخص أو عند المستودع أو المستعير فتتم الهبة بمجرد الإيجاب ولا يلزم التسليم.

حادثة الفتوى: لو عين الحاكم جد الصغير الصحيح وصياً له «وإن لم يكن حاجة لتعيينه لكونه بمقتضى المادة (٩٧٤) ولياً مجبراً» وبلغ السنة الثامنة عشر من عمره وأصبح بمقتضى حكم المادة (٩٨٦) بالغاً، فوهب الجد لحفيده مالاً في يده قبل أن يثبت رشده في حضور الحاكم فهل يلزم القبض حسب هذه المادة. أو يعد بحكم الصغير ويكفي في ذلك حسب المادة الآتية أن يكون المال في قبض الجد حيث أنه يعد الحفيد المذكور بوجوده تحت الوصاية محجوراً إذ أنه وإن كان رشيداً لكن لم يثبت رشده هذا أمام الحاكم باقامة الشهود فأصبح الحفيد بحكم الصغير. ؟

ويجاب على ذلك بأن الفقهاء قالوا بأن الحجر يرتفع عن الصغير بسببين الأول اذن الولي والثاني بلوغه (التنقيح) فببلوغ الصغير لا تبقى ولاية الغير عليه لانقطاع الولاية بالبلوغ (الدر المنتقى، شرح الملتقى في باب الأولياء والأكفاء).

قال الطحطاوي الهبة للولد الكبير لا تتم إلا بقبضه ولو كان في عياله ولا يملك المولى قبض ما وهب لعبده المحجور (انتهى).

﴿المادة ٨٥١﴾ - (يملك الصغير المال الذي وهبه اياه وصيه أو مربيه يعني من هو في حجره وتربيته سواء أكان المال في يده أم كان وديعة عند غيره بمجرد الإيجاب أي بمجرد قول الواهب وهبت ولا يحتاج إلى القبض).

يملك الصغير والصغيرة المال المعلوم الذي وهبه اياه أو تصدق به وليه كأبيه وجده أو وصيه ولو لم يكن الصغير أو الصغيرة في عيالها أي في حجرهما وتربيتهما أو مربيهما يعني من هو في حجره وتربيته سواء أكان أقرباء الصغير والصغيرة كأخيهما وعمهما وخالهما أم من الأجانب وسواء أكان المال في يده أم كان وديعة أو عارية عند غيره بمجرد الإيجاب أي بقول الواهب وهبت ولا يحتاج إلى القبض وكلمة يعني الواردة في هذه المادة هي تفسير المربي وليست تفسير الوصي كما أشير ذلك آنفاً وسيفصل ذلك آتياً.

إيضاح القيود:

١ - الصغير: إن الحكم الذي في حق الصغير هو في حق الصغيرة أيضاً كما هو مشروح في المادة الآنفة فلو قيل الطفل بدلاً من الصغير لكان يعم ويشمل الصغير والصغيرة (عبد الحليم).

لكن ترتيب الحكم في مسائل كهذه على الذكور ليس معناه ترك الإناث خارجات عنه بل هو لتغليب الذكور على الاناث كما هو المتعارف يعني أنه ناشئ عن اعتبار بيان أحكام الذكور بياناً أيضاً لأحكام الاناث كما هو مذكور في أصول الفقه من أن خطاب الشرع هو على هذا الوجه (الفتح).

وحكم المجنون جنوناً مطبقاً في ذلك كحكم الصغير (النتيجة).

٢ - وصيه: بما أنه يشتمل هذا الحكم ولي الصغير بطريق الأولى فلو قالت المجلة وليه أو وصيه أو قالت وليه بدلاً عن وصيه واشتملت الوصي بالحكم لكان أولى.

والمقصود بالولي في هذا، الأب وإذا لم يكن الأب موجوداً فالجد وإليك الترتيب الآتي:

أولاً: الأب ثانياً: الوصي الذي اختاره الأب عند عدم الأب أي عند وفاته أو غيبته غيبة متقطعة أو وصي هذا الوصي.

ثالثاً: الجد الصحيح أي أبو الأب عند عدم الوصي للأب المتوفي أو الغائب.

رابعاً: الوصي الذي اختاره الجد عند وفاة الجد أو غيابه غيبة متقطعة أو وصي هذا الوصي.

خامساً: الوصي الذي يعينه الحاكم. أنظر المادة (٩٧٤) (ومجمع الأنهر، الدر المنتقى، تكملة رد المحتار) يعني أن المقصود من عبارة المجلة (وصيه) أعم من الوصي المختار والوصي المنصوب.

وهبة الولي أو الوصي المال الذي عنده أو في يد المستودع أو المستعير للصغير أي الطفل صحيحة على الإطلاق كما أشير إلى ذلك في الشرح، سواء أكان الطفل المذكور في حجر وليه أو وصيه وتربيته أم لم يكن.

٣ ـ أو مربيه: قد استعملت كلمة المربي في المادة (٨٥٢) بمعنى مقابل للولي فقد استعمل هنا في معنى من لم يكن ولياً ولا وصياً. وعليه فهبة المربي صحيحة بلا قبض على الوجه المذكور إلا أنه يشترط فيه شرطان الشرط الأول: يجب أن يكون الطفل في حجر ذلك المربي وتربيته حجر تقرأ بفتح الحاء وكسرها جمعها حجور ويطلق الحجر على المحل الذي من الأبط إلى الكشح أي البكور فمعنى في حجره أي في تربيته وقوله (في تربيته) أيضاً إشارة إلى ذلك بعطف تفسيري (أبو السعود المصري، الطحطاوي)
وقد ذكر هذا الشرط في المجلة في عبارة (في حجره وتربيته).

والحكم واحد في المربي سواء أكان من ذوي قربى الطفل كالأخ والأم والخال أم كان أجنبياً كالملتقط.

وعليه لو وهب أحد أقرباء الصغير أو أجنبي لم يكن في حجره وتربيته للصغير وتربيته للصغير مالاً له في يده أو وديعة عند غيره لذلك الصغير فلا يملك الصغير ذلك المال بمجرد الإيجاب ويلزم القبول والقبض على ما سيأتي في المادة الآتية.

الشرط الثاني: يجب ألا يكون ولي للصغير أو وصي. لأن عدم وجود ولاية لهؤلاء المربين على التصرف في مال الصغير ووجود من له الولاية على التصرف في مال الصغير مانعان لثبوت حق القبض لهؤلاء. إن ولاية القبض لهؤلاء تثبت إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهم الأب ووصيه والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء أكان الصبي في عيال القابض أم لم يكن وسواء أكان ذا رحم محرم منه أم أجنبياً (الفتح) وإن قال الطحطاوي الاختلاف المبين الظاهر في شرح المادة (٨٥٢) يجري هنا أيضاً فلم أر غيره من قال بهذا.

وعليه لو وهب من كان الصغير في حجره وتربيته مالاً في يده وأبوه حي لزم قبول الأب وقبضه. حتى أنه لو وهب أحد لحفيده أي ابن ابنه الذي في حجره وتربيته شيئاً لكن لم يسلمه اياه وأبوه موجود فلا حكم لتلك الهبة (النتيجة، والملتقى، مجمع الأنهر، العناية).
والمقصد من عدم وجود الولي وفاته أو كان مفقود بغيبته غيبة متقطعة أي أن يكون مفقوداً (الكتب السابقة).

٤ ـ سواء أكان في يده أو وديعة عند غيره، هذا التعبير ليس احترازياً من وجه. لأن الحكم في المستعار أيضاً على هذا المنوال كما لو وهب أحد شيئاً إعارة لآخر. فالحكم فيه كالحكم في الوديعة. فلو وهب المعير للطفل الذي في حجره وتربيته مالاً قد أعاره لأحد ملكه الطفل المذكور بمجرد الإيجاب ولا حاجة لتجديد القبض. لأن الإعارة ليست عقداً لازماً (البزازية).
والحاصل تتم هبة ثلاثة أنواع من الأموال بمجرد الإيجاب. أولها: ما كان في يد الواهب. ثانيها: ما كان عند مستودع الواهب. ثالثها: ما كان عند مستعير الواهب.

واحترازي من وجه آخر. ويحترز بالتعبير المذكور عن ستة أنواع من الأموال:

أولها: المال الذي في المشتري شراء ببيع فاسد. يعني لو باع أحد مالاً له من آخر بيعاً فاسداً

وسلمه اياه ثم أن البائع وهب ذلك المال وهو في يده إلى طفله لا تصح الهبة (مجمع الأنهر). يعني له وهبه بعد الفسخ والمتاركة. وإلا فكيف يهب مال المشتري. وقد ذكر نظير ذلك في شرح المادة (٨٤٦). ثانيها: كذلك لا تتم الهبة بمجرد الإيجاب إذا وهب البائع نصف ماله الذي باعه وسلمه للمشتري وشرط فيه خيار الشرط للمشتري.

ثالثها: المال الذي في يد الغاصب مثلاً لو غصب أحد دابة آخر ووهب المغصوب منه تلك الدابة لطفله وهي في يد الغاصب فلا تتم الهبة بمجرد العقد. لأن الدابة المذكورة مضمونة على الغاصب والضمان بما أنه يكون بتفويت اليد فقط فتلك الدابة كما أنها ليست في يده حقيقة فليست في يده حكماً (مجمع الأنهر).

رابعها: المال الذي في يد المرتهن. لو رهن أحد ماله عند آخر في مقابل ما له عليه من الدين وسلمه اياه ووهب طفله ذلك المال وهو في يد المرتهن فلا تتم الهبة. حتى أنه لو فك المال بعد ذلك فلا يملك الطفل المذكور المال المذكور بتلك الهبة.

خامسها: المال الذي في يد المستأجر وهو لو آجر أحد داره وسلمه اياها ووهب تلك الدار قبل تمام مدة الإجارة وهي في يد المستأجر لطفله وتوفي كان لورثته أن يدخلوا الدار المذكورة في ميراثه. أما لو وهبه اياها بعد انقضاء مدة الإجارة فتكون حينئذ الهبة تامة (رد المحتار). كذلك لو آجر أحد مزرعته لآخر ووهبها لطفله وهي مشغولة بزرع المستأجر فلا تصح (الهندية).

سادسها: المتهب يعني المال الذي في يد الموهوب له، لو وهب أحد ماله لطفله بعد أن وهبه لأجنبي بلا عوض وسلمه اياه فلا تتم الهبة. حتى إنه لو استرد المال الموهوب من الموهوب له بالفسخ الأول فلا يملك الطفل أيضاً (مجمع الأنهر، علي أفندي).

والسبب في عدم تمام الهبة في هذه الأنواع الستة هو: ـ

أنه لما كان قبض المشتري مع قبض الآخرين لأنفسهم فلا يوجد فيهم القبض الذي تتم فيه الهبة. (أبو السعود المصري، الدر المنتقى، الهندية). وإن يكن المستعار قد قبض لمنفعة المستعير إلا أنه يوجد فرق بينهما في صورة أخرى. فالإجارة عقد لازم أما عقد العارية فهو غير لازم.

٥ ـ ماله. يلزم أن يكون هذا المال حائزاً على شرطين. أولهما: يجب أن يكون معلوماً. فإذا كان مجهولاً فلا تصح الهبة. أنظر المادة (٨٥٨). لأن تمليك المجهول غير صحيح أنظر المادتين (٢١٣، ٤٤٩) مثلاً لو قال وهبتك شيئاً من مالي فلا تصح الهبة «أبو السعود وتكملة رد المحتار».
ثانيهما: يشترط أن يكون هذا المال نافعاً للصغير كما سيوضح ذلك في شرح المادة الآتية.

٦ ـ الهبة، الصدقة في الأحكام المذكورة كالهبة. فلو تصدق أحد بماله المودع عند آخر على طفل أو تصدق الأب بمنزله الساكن فيه على طفله جازت «البزازية والهندية». كذلك لو تصدق الأب بارضه المملوكة والمشغولة بزرعه على طفله جازت أيضاً أما إذا لم يكن الزرع له وكان للمستأجر فلا تصح

«الهندية في الباب السادس» ويجوز الرجوع عن الهبة إذا لم يوجد ثمة مانع (البزازية والهندية).

٧ ـ بمجرد الإيجاب، وفي هذا حكمان: الحكم الأول، عدم لزوم القبول. لأن الأصل في هذا الباب هو أن كل عقد يتولى طرفاه شخص واحد أي يتولى فيه طرف الإيجاب والقبول معاً يكفي في ذلك العقد الإيجاب فقط (رد المحتار) هذا إذا كان عاقد العقد يوجب العقد أصالة عن نفسه بأن يستعمل تعبيراً يدل على الإيجاب بالأصالة لذلك.

وعليه لو وهب الأب لطفله شيئاً في يده أو عند مستودعه أو مستعيره تتم الهبة بمجرد قوله وهبت ولا حاجة إلى القبول لتمام الهبة سواء أكان الطفل المذكور في عيال الأب أم لم يكن. لأن هذا المال لما كان في قبض الأب ناب مناب قبض الصغير.

إذ أنه يشترط في الهبة قبض أبي الصغير لولايته عليه (الزيلعي، مجمع الأنهر، الدر المنتقى).

مثلاً لو قال الأب ان دكاني الفلانية المملوكة هي لابني الصغير كان ذلك هبة فإذا كانت الدكان المذكورة في يد الأب تمت الهبة. كذلك لو وهب أحد منزله الذي في ديار أخرى لولده الصغير وأشهد الحاضرين في المجلس على ذلك تمت الهبة المذكورة (القنية وفتاوى يحيى أفندي).

وعليه لو استصنع أحد لولده الصغير أثواباً فليس له بعد ذلك أن يهبها لآخر. ما لم يكن قد بين وقت صنعها واستعمالها انها عارية (البزازية). لأن المعتبر في هذا الباب العرف والعرف في ذلك قصد الصلة والإحسان، ومع ذلك فبما أنه لما كان يحتمل أن تكون عارية فلو بين وقت صنعها أنها عارية كانت عارية وإلا كانت هبة (أنظر المادة ٣٦) وشرحها (الولواجية).

وكذلك لو قال أحد أخذت هذا المال لولدي الصغير فكما أن الصغير يملكه فلو أخذ له دستاً من الثياب وفصلها له تمت الهبة (انقروي) ولا يمنع تمام الهبة الذي يقع على هذه الصورة كون الموهوب مشغولاً أو مشاعاً.

فلو وهب أحد داره التي يسكنها لطفله أو التي وضع فيها أمتعته أو التي يسكنها آخر بلا أجرة أي بطريق العارية أو أرضه المزروعة إعارة أو حصته الشائعة في الملك القابل للقسمة أو بستانه الذي في أرض أميري أو كرومه ملك الطفل ذلك بمجرد إيجابه. لأن البستان والأرض لما كانا في قبض الأب فهما في حكم قبض الطفل. ولا يمنع من الهبة وجود أمتعة الطفل في الدار بل يقررها (أبو السعود العمادي علي أفندي، الزيلعي، الهندية في الباب الثالث).

رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والأب ساكنها جاز وعليه الفتوى (الهندية باختصار).

الحكم الثاني ـ إذا كان الموهوب في يد الواهب أو وديعة في يد آخر فلا حاجة في ذلك إلى تجديد القبض لأنه إذا وهب شيء لطفل تتم الهبة بقبض هؤلاء اياه على ما هو مذكور في المادة (٨٤٢) وبما أنه يكفي كون الموهوب في يد الموهوب له بمقتضى المادة (٨٤٦) ولا يلزم تجديد القبض فلا لزوم لقبض آخر «الهداية، مجمع الأنهر، الأنقروي». **لأن قبض الإنسان ماله بما أنه قبض وبما أن القبض في الهبة**

قبض أمانة أيضاً فيقوم أحدهما مقام الآخر كما هو مذكور في شرح المادة «٨٤٦» «النهاية». وعليه فكون الحكم المذكور يجري في المال الموجود في يد الواهب ظاهر. أما المال الذي في يد المستودع قيد المستودع كيد المالك لكن يد المستعير ليست كيد المعير كما سبق إيضاحه في شرح المادة «٧٨٧». وبناءً عليه يرد سؤال وهو ألا يجب أن تكون هبة المستعار غير جائزة ويجاب على ذلك بأنه تجوز الهبة في ذلك حيث أن عقد العارية غير لازم كما ذكر آنفاً ويجب على من يهب مالاً لطفله الذي في حجره وتربيته أن يعلم ويشهد على ذلك ووجود الاعلام لازم لكونه بمنزلة القبض أما الإشهاد فهو ليس بشرط في صحة الهبة وتصح الهبة بدونه إلا أنه يقتضي الإشهاد منعاً لإنكار الواهب أو إنكار ورثته بعد موته (رد المحتار والبزازية).

﴿المادة ٨٥٢﴾ ـ إذا وهب أحد شيئاً لطفل تتم الهبة بقبض وليه أو مربيه).

إذا وهب أحد شيئاً لطفل أي إذا وهب شخص غير ولي أو وصي أو مربي الصغير أي الذي يتربى الصغير في حجره للصغير المميز أو غير المميز مالاً فتتم الهبة في ذلك بقبض الولي أو مربي الصغير الذي يتربى الصغير في حجره لأن الولي الصغير إجراء العقود الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة في حق الصغير ولما كانت الهبة للصغير من العقود التي فيها نفع محض له فللولي إجراء ذلك بطريق الأولى (الهداية).

إيضاح القيود:

١ ـ لطفل: هذا التعبير كما أنه عام وشامل للصغير والصغيرة فالحكم في المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة على هذا المنوال أيضاً.

٢ ـ شيئاً: يجب أن يكون هذا الشيء نافعاً للصغير. حتى انه لو وهبه حماراً أعمى فلا تصح الهبة لأن هذا الحمار فضلاً عن أنه غير نافع فإنه يحتاج إلى الإنفاق عليه وهذا مما يضر الصغير. (أنظر المادة ٥٨)

٣ ـ وهب: فالصدقة والهدية كالهبة أيضاً. وعليه إذا وهب للصغير وكان المال غير مأكول كالدراهم والدنانير فليس لأبوي الصغير أن يستهلكاه في أمورهما. ما لم يكونا فقيرين محتاجين. (أنظر شرح المادة ٧٩٩) وإذا كان مالاً مأكولاً كالعنب فلأبويه عند بعض الفقهاء أكله لأن الإهداء إليهما وذكر الصبي لاستصغار الهدية. أما عند بعضهم فليس لهما أكله (أبو السعود) قاله أكثر أئمة بخارى (الطحطاوي). ويجب في هذه الحال أن يباع ويصرف ثمنه في مرافق الصغير.

٤ ـ القبض: ويشار به إلى كون المال لم يكن في قبض الولي أصلاً أما إذا كان المال في الأصل في قبض الولي ينظر فإذا كان المال المذكور عيناً تتم بمجرد القبول (أنظر المادة الآنفة). أما إذا لم يكن عيناً بل كان ديناً ثابتاً في ذمة الولي فقد اختلف الفقهاء فيه. لا يلزم القبض على قول المختار.

يعني يلزم قبض الدين الذي في ذمة الولي باسم الصغير. ولا يلزم القبض على قول آخر (منقاري زاده ورد المحتار).

مثلاً: لو وهبت امرأة مهرها الذي في ذمة زوجها لابنها منه وسلطت زوجها على قبضه فلا تتم الهبة بمجرد القبول على القول المختار أما لو أفرز الزوج المهر المذكور بعد القبول وقبضه للصغير تتم الهبة حينئذ. وفي القنية تتم الهبة بالقبول بعد الإيجاب ولو لم يقبضه بعد الإفراز على ذلك الوجه ولا حاجة للتسليط على القبض كما لا حاجة للإفراز والقبض (الحموي في شرح الأشباه). وصارت الهبة تامة بقبض الولي. لأن حق التصرف في مال الطفل للولي على وجه المادة (٩٧٤) وقبض الهبة أيضاً من باب حق التصرف في مال الصغير. وتتم الهبة سواء أكان الطفل في حجر وليه وتربيته أم لم يكن (الزيلعي).

والولي المقصود هنا تسعة أشخاص وهم (١) الأب (٢) وصي الأب (٣) وصي وصي الأب (٤) الجد أي أبو الأب (٥) وصي الجد (٦) وصي وصي الجد (٧) القاضي (٨) وصي القاضي (٩) وصي وصي القاضي (تكملة رد المحتار) وولاية هؤلاء على هذا الترتيب أيضاً. فمتى كان وصي الأب موجوداً مثلاً فلا ولاية للجد. وعليه إذا توفي أحد وترك وصيه وأباه فالوصي المذكور أولى في الولاية على الصغير من أبيه (تكملة رد المحتار قبيل الوكالة بالخصومة).

مثلاً لو وهب أجنبي لصغير مالاً وأبو الصغير موجود وقبض جد الصغير أي أبو أبيه، الهبة فلا تتم الهبة. إذا لم يكن الصغير المذكور في عيال هذا الجد. لأن تصرف الأولياء المؤخرين عن الأب كان للضرورة ولا ضرورة لذلك مع وجود الأب (الهندية، البحر القاعدية، تكملة رد المحتار). أنظر المادة (٢٣).

والمقصود من (موجود) هو الحضور. بناءً عليه إذا كان الأب غائباً غيبة متقطعة انتقلت الولاية إلى من بعده. لأن التأخير إلى أن يأتي الغائب باعث على تفويت منفعة الصغير فتنتقل الولاية إلى من بعده (تكملة رد المحتار)

وتتم الهبة أيضاً بقبض المربي. لأن المربي لما كان أحق بحفظ الطفل لثبوت يده كما أن تحصيل المال اللازم للأكل والكسوة هو من ضرورات الحفظ فلذلك للمربي ولاية على الصغير في التصرفات النافعة أيضاً (تكملة رد المحتار).

وإذا توفي الأولياء المحررة درجاتهم آنفاً أو غابوا غيبة متقطعة فقبض المربي كاف ولكن هل يكفي قبض المربي في حالة وجود أحد هؤلاء الأولياء اختلف الفقهاء في ذلك فقد رجح بعض الفقهاء كالنرجندي، والقهستاني، والولوالجي جهة كونه كافياً وذكر قاضيخان أن ذلك هو الصحيح والمفتي به ويعتمد على تصحيح العلامة المذكور وقد بين العلامة قاسم أنه لا يعدل عن هذا التصحيح لكون قاضيخان من الفقهاء المعتمد على أقوالهم لمزاياه العلمية (تكملة رد المحتار). قال شيخ الإسلام جواهر زادة في مبسوطه فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبي والأب والجد والأخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير إذا كان في عيالهم وإن كان الأب حاضراً الفتح وهو المختار والصحيح وبه يفتي (الطحطاوي).

وقد ذكرت المجلة المسألة أيضاً هنا بصورة مطلقة أي أنها لم تقيد صحة قبض المربي بقيد عدم حضور الولي ولما كان المطلق يجري على إطلاقه حسب المادة (٦٤) فتكون المجلة قد قبلته.

بناءً عليه لو وهب أجنبي لصغير مالاً وهو في عيال جده الصحيح وقبل الجد الهبة تتم الهبة بقبض الجد المذكور ولو كان أبو الصغير المذكور بقيد الحياة وموجوداً كذلك تتم الهبة للصغير لو وهبه أحد مالاً وهو في عيال أخيه أو أمه أو الوصي عليه أو في عيال أجنبي وقبضه من كان الصغير في عياله من هؤلاء. ولو كان ولي الصغير المذكور كالأب والجد بقيد الحياة وموجوداً. كذلك تتم الهبة لو وهب أحد للبنت الصغيرة التي زوجها وليها وزفت إلى زوجها مالاً وهي في عيال الزوج بقبض الزوج اياه.

ولو كان الأب حاضراً لأن الأب قد أقام الزوج المذكور مقامه في حفظ الصغير وقبض الهبة أيضاً من الحفظ، ولو قبض الأب هذه الهبة أيضاً تتم. لأن الولاية للأب (الزيلعي) سواء أكان ممن يجامع مثلها أم لا في الصحيح (البحر) وليس للزوج حق في قبض ديون الصغير (الطحطاوي).
كذلك لا حق للزوج قبل الزفاف في قبض الهبة.

وقد رجحت الهداية والتجريد والجوهرة والبحر والمنح وشرح المجمع جهة كفايته وقالوا بأن جواز تصرف غير الأولياء للضرورة. وإلا فإذا لم يكن تفويض من الأب فلا ضرورة لذلك مع حضور الأب (الجوهرة، تكملة رد المحتار، الدر المنتقى) أنظر المادة (٢٢).

٥ ـ قيل بقبض وليه ومربيه. لأنه إذا لم يقبض هؤلاء فلا حكم لقبض شخص آخر فعليه لو وهب شخص أجنبي مالاً لطفل كان في حجر وتربية زيد وقبض شخص أجنبي آخر ذلك باسم الطفل فلا تتم الهبة.

﴿المادة ٨٥٣﴾ ـ إذا وهب شيء للصبي المميز تتم الهبة بقبضه اياه وإن كان له ولي.

لو وهب شيء نافع أي مال للصبي المميز أو للصبية المميزة تتم الهبة استحساناً بقبوله اياها وقبضه ولو كان له ولي كالأب أو مرب لأن في القبض المذكور نفعاً محضاً للصغير والصغير أهل لمباشرة الشيء الذي فيه نفع محض له كما هو مبين في المادة (٩٦١) (الهداية والكفاية). ووجه الاستحسان هو:

إن عدم اعتبار عقل المميز لعدم نظره بعواقب الأمور الظاهرة نظرة تامة بسبب عدم اعتدال عقله فعليه كما أنه يرد التصرف المضر (كهبة الصغير لآخر) لمنفعة الصغير كذلك ترد تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر كالبيع من أجل منفعة الصغير أيضاً حتى لذلك لو أن ولي الصغير إذا رأى نفعاً في إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر فله إجازته.

وكل تصرف فيه نفع محض للصغير فالنظر والفائدة للصغير في نفاذه إذ أن لا حكمة من رد تلك التصرفات التي فيها نفع محض للصغير (الزيلعي).

قد عرف الصغير المميز في المادة (٩٤٣) إلا أن الزيلعي فسر المميز في هذا البحث بالشخص الذي يدرك ويعقل التحصيل والجمع.

سؤال: عقل الصبي إما معتبر أو ليس معتبراً. فإذا لم يكن معتبراً يلزم ألا تتم الهبة بقبضه. وإذا كان معتبراً فيقتضي ألا يعتبر قبض خلفه أي وليه ما دام فيه أهلية؟

جواب: إن عقله معتبر في النفع المحض وإذا اعتبر فعله مع خلفه فيكون قد فتح باب لتحصيل المنفعة للصغير وبما أن في هذا توفيراً للمنفعة فهو جائز (العيني).

إيضاح القيود:

١ ـ المميز: هذا التعبير ليس احترازياً من وجه إذ الحكم في المميزة أيضاً على هذا المنوال. لكن قد اكتفى الفقهاء في مثل هذه المسائل المشتركة بين الرجل والمرأة بذكر الرجل واحترازي من وجه آخر فيحترز فيه عن الصبي غير المميز فعليه لو وهب شيء للصبي غير المميز فلا تتم الهبة بقبضه (الحموي) وإنما يجب أن يقبضه وليه أو مربيه كما هو مبين في المادة الآنفة.

٢ ـ نافع: هذا القيد احترازي فعليه إذا كان الموهوب للصغير الغير المميز غير نافع كأن كان تراباً في بيت الواهب مما إذا بيع في محله لا يساوي شيئاً وإذا نقل إلى محل آخر يحتاج لمؤونة تزيد على فائدته مما توجب ضرر الصغير فالهبة لا تكون صحيحة ويرد الموهوب للواهب ويترك له (الحموي).
كذلك لو وهب للصغير المميز شيء يحتاج للإنفاق ولا نفع له كأن يوهب للصغير حمار أعمى فلا يصح قبول الهبة وترد إلى الواهب (أبو السعود، الشرنبلالي).

٣ ـ الهبة: والحكم في الهبة والهدية والصدقة على هذا المنوال أيضاً. لكن يحترز بهذا التعبير عن اداء الدين فعليه وإن لم يبرأ المديون للصغير المميز في ادائه الدين للصغير إلا أن اداء الدين للصغير لا يقاس على الهبة (الحموي) أنظر المادة (٨٩٦).

٤ ـ ولو كان له ولي: يشار بهذا التعبير أي بعبارة الولي أنه لو وهب أحد شيئاً للصغير المميز تتم الهبة بقبضه كما تتم أيضاً بقبض وليه أو مربيه وعليه فلتحصيل النفع للصبي المميز طريقان وتكون بذلك قد توفرت المنفعة العائدة للصغير (الزيلعي).

٥ ـ بقبوله اياه وقبضه: فكما أن للصغير المميز أن يقبل ما يوهب إليه من المال فإذا رده الصغير المذكور رد أيضاً. لأن هذا الرد بما أنه لا يؤدي إلى إبطال حق ثابت للصغير كان له رده ان يملك الرد (الحموي في الهبة).
سؤال: بما أنه قد ثبت للصغير حق القبول عند إيجاب الهبة ألا يكون رده قد أدى إلى إبطال هذا الحق الثابت له.؟
الجواب: إن حق القبول ليس حقاً مالياً وهو عبارة عن الحقوق المجردة.

أما إذا وهب للصغير المميز مال ورد وليه هذه الهبة فالظاهر أن هذا الرد غير صحيح. وليس عدم صحة الرد بمعنى تمام الهبة. لأن الهبة لا تتم بدون القبول. وإنما معناه: لو رد الولي المذكور الهبة وقبل بعد ذلك الصغير المميز الهبة في مجلس الهبة كان صحيحاً (رد المحتار والطحطاوي بزيادة). فعليه لما كان يجوز

الرجوع عن الهبة للصغير حسب ما هو مذكور في هذه المادة فيجب على الحاكم بيع المال الموهوب لإسقاط حق الرجوع . وانظر ما حكمه وإن نظرنا إلى ما عللنا به كان واجباً أن تيقن الرجوع وكان الأب ونحوه في حكم القاضي (الطحطاوي) لأن في بيع الهبة فائدة للصغير أما إذا لم يسقط فلا يعطى للبائع عوض من مال الصغير بحق رجوعه كما سيوضح في شرح المادة (٨٥٥) الأنقروي .

﴿المادة ٨٥٤﴾ - (الهبة المضافة ليست بصحيحة مثلاً لو قال وهبتك الشيء الفلاني اعتباراً من رأس الشهر الآتي لا تصح الهبة).

الهبة المضافة ليست بصحيحة أي إذا وهب أحد شيئاً اعتباراً من وقت سيأتي غير صحيحة . لأنه كما صار أيضاً في شرح المادة (٨٢) لا تصح على الإطلاق إضافة التمليك وتعليقها بشرط .

مثلاً : لو قال وهبتك الشيء الفلاني اعتباراً من رأس الشهر الآتي أو اعتباراً من غد وقال الموهوب له قبلت أيضاً لا تصح الهبة . وكذلك الرقبى ليست صحيحة لأنها هبة مضافة أيضاً (الطحطاوي ، الدرر) .

الرقبى ، هي تمليك أحد ماله لآخر بعد وفاته ويكون ذلك تمليك مضافاً إلى ما بعد موت ذلك الشخص والرقبى ، بمعنى الإنتظار مأخوذة من الارتقاب لأن الموهوب له ينتظر ويرتقب وفاة الواهب (الزيلعي) . يعني كأن يقول أحد لآخر إذا توفيت قبلك فليكن هذا المال لك وإذا توفيت قبلي فليبق لي . كأن ينتظر كل منهما موت الآخر . ولا يملك الموهوب له المال الموهوب عند الطرفين وقد أفتى بذلك علي أفندي أيضاً أو معناها رقبة داري لك وذلك جائز ولكن لما احتمل الأمرين لم تثبت الهبة بالشك فتكون عارية (مجمع الأنهر ملخصاً) .

لكن قد قال أبو يوسف بصحة ذلك (الخانية) .

ويوجد احتمالان في معنى الصحة هذه عند أبي يوسف (١) كون هذه المقاولة صحيحة تماماً . ففي هذا الحال إذا توفي أيها يلزم أن يبقى المال للآخر . (٢) كون الهبة صحيحة والشرط باطلاً . يعني إذا كانت هبة الواهب صحيحة وتوفي الموهوب له قبلاً فلا يعود الموهوب للواهب . والظاهر أن هذا المعنى الثاني هو المقصود . (الشارح) لكن عند الطرفين الموهوب عارية في يد الموهوب له فللدافع ولورثته بعد وفاته استرداد المال المدفوع (الهداية ، عبد الحليم) وهذا القول يحتمل العارية والهبة معاً ولما كانت الهبة أعلى من العارية ولا يثبت الطرف الأعلى بالشك فيحمل القول على العارية التي هي أدنى (مجمع الأنهر) قوله في هذه المادة (مضافة) ليس احترازاً من المعلقة . لأن الهبة المعلقة على شرط محتمل وجوده أو عدم وجوده غير صحيحة سواء أكان المال الموهوب عيناً أو ديناً فإن قال صاحب الثمر لغيره هو لك إن أدرك أو قال إذا كان غد فهو جائز (الهندية في الباب الثامن) .

مثال للعين : لو قال وهبتك هذا المال إذا دخل الشخص الفلاني هذه الدار أو عاد فلان من سفره فلا تصح الهبة (عزمي زاده).

مثال للدين: لو قال شخص لآخر إذا جاء غد فلتكن لك الألف قرش التي لي عليك ديناً أو أنت بريء منها أو إذا أعطيت نصف الدين فأنت بريء من النصف الآخر أو فليكن لك النصف الآخر تكون باطلة (الهندية في الباب الثامن).

كذلك لو قالت الزوجة لزوجها إذا توفيت في هذا المرض فأنت في حل من مهري كان ذلك باطلاً كما أنه لو قالت الزوجة المريضة لزوجها إذا توفيت بهذا المرض فأنت في حل منه أو فهو لك صدقة مني كان هذا القول باطلاً وبقي المهر كالأول. (الهندية في الباب الثامن). إلا أنه لو قال الدائن لمديونه إذا أنا مت فأنت بريء من الدين أو فأنت في حل الدين صح وحمل على الوصية كما أن التعليق على شرط كائن تنجيز كأن يقول الدائن لمديونه إذا كان لي عليك دين فأنت بريء منه يكون ذلك صحيحاً ويتم الإبراء (رد المحتار في مسائل شتى).

وتعبير الهبة المضافة احتراز عن العمرى لأن العمرى صحيحة وليست هبة مضافة.

العمرى: هي أن يقول أحد لآخر «أعطيتك هذه الدار ما دمت حياً على أن ترد لي بعد وفاتك» أو (أعطيتك هذه الدار ما دمت حياً على أن ترد لورثتي بعد وفاتي) فالتمليك الواقع على الوجه الآنف الذكر جائز ولو توفي الموهوب له فلا يرد المال الموهوب للواهب أو لورثته ويصبح إرثاً لورثة الموهوب له (الدرر). لأن العمرى بشرط الاسترداد بعد وفاة المعمر له بما أنها تمليك في الحال كان التمليك صحيحاً والشرط باطلاً. لأن الهبة من العقود التي لا تبطل بالشروط الفاسدة. والأصل في هذا أن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده كالهبة والرهن أنظر شرح المادة (٨٣) (الزيلعي، أبو السعود المصري، الهندية في الباب الثاني).

كذلك لو توفي الواهب كان المال الموهوب للموهوب له وليس لورثة الواهب (الدرر).

وكما تكون العمرى في العقار تكون أيضاً في المنقولات والحيوانات أيضاً (عبد الحليم).

(المادة ٨٥٥) - (تصح الهبة بشرط عوض ويعتبر الشرط مثلاً لو وهب أحد لآخر شيئاً بشرط أن يعطيه كذا عوضاً أو يؤدي دينه المعلوم المقدار تلزم الهبة كذلك لو وهب أحد وسلم عقاراً مملوكاً له لآخر بشرط أن يقوم بنفقته حتى الممات وكان الموهوب له راضياً بانفاقه حسب ذلك الشرط فليس للواهب إذا ندم الرجوع عن هبته واسترداد ذلك العقار).

إن الهبة والصدقة اللتين بشرط العوض صحيحتان والشرط معتبر لأنه يجب مراعاة الشروط بقدر الإمكان بمقتضى المادة (٨٣). والصدقة بشرط العوض بمنزلة الهبة بشرطه (الهندية في الباب السابع).

(١) - عوض: يفهم من ذكر العوض هنا مطلقاً أنه لا فرق بين أن يكون العوض حقيقياً كما في مثالي المجلة الآتيي الذكر أو حكمياً كالسكنى معاً وعدم التطليق وترك الظلم وسيوضح ذلك في آخر شرح هذه المادة.

«٢» -بشرط: والمقصد من هذا الشرط الشرط التقييدي أنظر شرح المادة «٨٢» وتفصيل ذلك هو: إذا ذكر في الهبة شرط فالشرط أما أن يكون تعليقاً وهذا يكون بأداة الشرط (كان أو إذا) وهذه الهبة باطلة سواء والموهوب سواء أكان عيناً كما لو وهب أحد شيئاً لآخر بشرط أن يقوم بنفقة الواهب إلى وفاته أو بشرط أن يعوله ويلاحظه إلى وفاته أو لو وهبت الزوجة لزوجها عقاراً بشرط أن يحسن معاشرتها إلى وفاتها تكون الهبة باطلة «الأنقروي النتيجة» أو كان الموهوب ديناً لو كما قالت الزوجة المريضة لزوجها إذا توفيت بهذا المرض فأنت في حل من مهري الذي في ذمتك فلا تكون الهبة صحيحة «النتيجة» لأن تعليق التمليكات بالشرط باطل كما هو مذكور في شرح المادة «٨٢» متى لو أعطي للواهب العوض المشروط في هذه الهبة وسلم له فلا تنقلب الهبة إلى الصحة «الفيضية» أنظر المادة «٥٢». والشرط المذكور أما أن يكون تقييدياً ويذكر مع كلمة «على» أو كلمة «أو» كقولك وهبتك هذا المال على أن تعوضني هذا الثوب «الدرر» وهذا الشرط لا يخل بالهبة. إلا أنه باعتبار الشرط توجد التفصيلات الآتية.

الهبة مع الشرط التقييدي قسمان: ـ

القسم الأول: كون الشرط المذكور ملائماً وهذه الهبة والشرط صحيحان. والمبين في المجلة هو هذا. وقد ذكرت أمثلته فيها.

القسم الثاني: كون الشرط المذكور مخالفاً يعني غير ملائم وعلى هذا التقدير فالهبة صحيحة ولكن الشرط باطل ولا تفسد الهبة بالشرط الفاسد كما يفسد البيع به لأن الشرط الفاسد بمعنى الربا والربا يجري في المعاوضات ولا يجري في الهبة التي هي من التبرعات. ولأنه صلى الله عليه تعالى وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر في رجوعها بعد موت المعمر له وجعلها ميراثاً لورثة المعمر له «العناية» فلذلك لو وهب أحد مالاً لآخر وسلمه اياه على شرط أن لا يوهب الشخص المذكور ذلك المال لآخر ويسلمه أو أن لا يبيعه فالهبة صحيحة والشرط باطل «التنقيح، الهندية».

كذلك لو وهب أحد كرومه التي في أرض مملوكه لحفيده على أن يكون محصولها له إلى أن يموت أو وهبه داره على أن يبقى ساكناً فيها إلى أن يموت وسلمها له كانت الهبة صحيحة والشرط باطل «علي أفندي».

كذلك لو وهب الواهب هبة بشرط الرجوع فيها فالهبة صحيحة والشرط باطل كذلك لو وهب أحد ماله لآخر أو تصدق عليه به وسلمه اياه وشرط عليه أن يرجع له مقداراً من الموهوب المذكور كالثلث والربع فالهبة والصدقة صحيحتان والشرط باطل ولا يجبر الشخص المذكور على رد شيء من المال المذكور أو إعطاء بدل عوض له.

كذلك لو وهب أحد داراً لآخر وسلمه اياها على شرط إعطاء جزء معين أو غير معين منها للواهب كانت الهبة صحيحة والشرط باطل «الهندية».

أمثلة على العوض الحقيقي:

١ ـ مثلاً لو وهب أحد لآخر شيئاً بشرط أن يعطيه كذا عوضاً معلوماً أو يؤدي دينه المعلوم المقدار

تلزم الهبة أي يمتنع الرجوع عن الهبة حسبما هو مبين في المادة (٨٦٨) إذا راعى الموهوب له الشرط أي إذا أعطى العوض المذكور أو أدى ذلك الدين. سواء أكان الموهوب له أجنبياً أم كان من الأقارب المذكورين في المادة (٨٦٦). لكن لزوم هذه الهبة يكون بتقابض العوضين وليس كالبيع بمجرد الإيجاب والقبول والتعهد بالعوض. أنظر المادة (٨٦٨). يعني يهب الواهب مالاً بشرط العوض ويسلمه وبعد أن يقبض الموهوب له ذلك المال أيضاً يعطى العوض للواهب ويسلمه اياه ويقبضه الآخر ويستلمه فتكون الهبة لازمة من الجهتين وليس للواهب استرداد الموهوب كما أنه ليس للموهوب له استرداد العوض. أما بدون التقابض فلا تلزم الهبة. فعليه لو اتفق الواهب والموهوب له على ذلك أي على العوض لكن. لم يسلم الموهوب له العوض للواهب فلا تلزم الهبة ولو كان الموهوب له حاضراً ومهيئاً لتسليم العوض. وللواهب عدم قبول العوض والرجوع عن هبته فللموهوب له الرجوع عن العوض أيضاً ولو كان الواهب راضياً بتسليم المال الموهوب. كذلك لو وهب أحد بعض أشياء لوالدته على أن تعطيه عوضاً كهذا وسلمها اياها ولم تعطه والدته العوض المذكور فله الرجوع عن هبته (علي أفندي).

وعليه إذا لم يراع الموهوب له الشرط فيما أن للواهب حق الرجوع عن الهبة فإذا استهلك الموهوب له المال الموهوب يؤمر الموهوب له بأعطاء العوض المشروط. فإذا أعطاه فبها. وإذا لم يعطه اياه ضمن الموهوب له بدل الموهوب الذي استهلكه. ولا يقال في ذلك أنه لم يبق للواهب حق للرجوع باستهلاك الموهوب له للموهوب (علي أفندي، الهندية).

والحاصل ـ انه إذا كان العوض في الهبة بشرط العوض معلوماً ومذكوراً بكلمة «على» فهي هبة ابتداءً بحسب اللفظ وبيع انتهاء بحسب المعنى. لأنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظاً وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين وأمكن الجمع بينهما وجب أعمالهما لأن أعمال الشبيهين ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما «العناية».

كالهبة في مرض الموت. فهذه الهبة بما أنها تعتبر ابتداء هبة ويلزم فيها القبض والشيوع يكون مانعاً لتمامها وبما أنها تعتبر إنتهاء وصية فقد اعتبرت من الثلث بعد الدين «أنظر شرح المادة ٨٧٧».

أما إذا ذكر العوض مع حرف الباء مثلاً لو قال وهبتك هذا الثوب بمالك هذا وقبل الآخر ذلك فلا يكون العقد المذكور هبة فهو بيع ابتداء وانتهاء «الدرر» أنظر المادة «٣».

تتفرع المسائل الخمس الآتية على كون الهبة بشرط العوض هبة ابتداء:

أولاً ـ التقابض شرط في العوضين. يعني يلزم القبض في مجلس الهبة مطلقاً وفي غير مجلس الهبة بإذن صريح ولما كان الملك لا يثبت قبل القبض فيمكن للطرفين الامتناع عن التسليم «الطحطاوي» كما قد صار تفصيله في شرح المادة «٨٣٧».

ثانياً ـ الهبة بشرط العوض في المال القابل القسمة ليست صحيحة بالشيوع. وعليه لو وهب قسم من مال شائع قابل القسمة هبة بشرط العوض كانت باطلة «أبو السعود». يعني إذا وهب نصف مال قابل

القسمة هبة بشرط العوض وسلمه شائعاً فكما أن الهبة لا تتم فلو أعطى نصف مال قابل القسمة عوضاً لا تتم الهبة أيضاً «رد المحتار عبد الحليم».

ثالثاً ـ لو وهب أبو الصغير مال ولده بشرط العوض فليس بجائز عند الإمام الأعظم وأبي يوسف. سواء أشرط إعطاء هذا العوض مالاً أو شرط إعطاؤه بعد مدة. ولو كان العوض المذكور أكثر من المال الموهوب لأن هذه الهبة تبرع ابتداء وليس للأب التبرع بمال ابنه الصغير (الزيلعي، الطحطاوي) (أنظر المادة ٥٨).

رابعاً ـ خيار الغبن والتغريد لا تفسخ الهبة بخيار الغبن والتغرير وقلة العوض (رد المحتار).

خامساً ـ إذا اختلف في مقدار العوض فلا يجري التحالف. كما سيبين في المبحث الأول من اللاحقة الآتية.

وتتفرع المسألتان الآتيتان عن كونها بيعاً انتهاء: ـ

أولاً ـ يصح العقد بعد التقابض ويكون في حكم البيع. بناءً عليه يمكن رد العوض والمعوض بخيار العيب وخيار الرؤية (الطحطاوي).

ثانياً ـ إذا كان عقاراً فيؤخذ العوض والمعوض بالشفعة. (أنظر المادة ١٠٢٢).

أما إذا كان العوض غير معلوم أي مجهولاً فيكون هبة ابتداء وانتهاء (أبو السعود، رد المحتار) لأن شرط العوض المجهول باطل ولا تفسد الهبة . بالشرط الفاسد (الدرر، عبد الحليم، الفتح).

وقد قال محشي الدرر عزمي زاده إن بيان الدرر هذا وإن كان موافقاً لما في الخانية إلا أنه مخالف لقول الحلواني تجوز الهبة بشرط العوض غير المعين لأن الهبة تقتضي العوض المجهول. والقول في العوض للمعوض أي الموهوب له انتهى. والعوض مجهول في المثال الآتي أيضاً. لأنه كما لا يعلم وقت موته فلا يعلم أيضاً صورة إطعامه وما سيطعم ويكسى.

٢ ـ وهو لو وهب أحد عقاره المملوك أو ماله المنقول لآخر بشرط أن يعوله إلى أن يموت وسلمه اياه وبعد أن عال الموهوب له الواهب مدة بحسب الشرط وكان راضياً بإعادته بعد ذلك فليس للواهب إذا ندم الرجوع عن الهبة واسترداد عقاره. ولو توفي الواهب في الهبة على هذا الوجه بعد أن عاله الموهوب له مدة فليس لوارثه مداخلة في الموهوب. كذلك لو عال الموهوب له الواهب على الشرط المذكور وتوفي الواهب بدون وارث فليس لأمين بيت المال المداخلة في العقار المذكور (النتيجة) إلا أنه إذا لم يرض بإعاشته وامتنع عن ذلك فللواهب استرداد الموهوب فلذلك ليس للموهوب له أن يخرج المال الموهوب من ملكه بوجه من وجوه الملك كالهبة والبيع ما دام الواهب في قيد الحياة لأن الموهوب له لم يكن مالكاً تمليكاً قطعياً ولم ينقطع بعد حق الواهب منه. ففي هذه الصورة ليس للشفيع في مثل هذه الهبة أن يدعي الشفعة.

أما إذا عال الموهوب له الواهب مدة على الوجه المشروط ثم بعد ذلك توفي الموهوبُ له والواهب حي فما الحكم في ذلك؟ ليس في الكتب الفقهية شيء صريح في هذا الشأن. لكن بما أن الموهوب

له لم يتمكن من إيفاء الواهب العوض المشروط بتمامه يعني أنه لم يعل الواهب حتى المات ولم يبق عوله في الإمكان فعليه لم تلزم الهبة بعد ولنذكر مسألتين نظيرتين لذلك فيما يلي : ـ

المسألة الأولى ـ لو وهب أحد داره المملوكة لآخر على أن يعوضه عنها بعشرة دنانير وسلمه اياها وأعطى الموهوب له ستة دنانير فقط ولم يعط الباقي وامتنع عن إعطائه فللواهب أن يرد للموهوب له الستة الدنانير التي أعطاه اياها ويسترد داره.

كذلك إذا ضبط بعض العوض بالاستحقاق كما هو في شرح المادة (٨٩٨) فللموهوب له أن يرد الباقي من العوض للواهب ويسترد الموهوب.

المسألة الثانية ـ لو وهبت الزوجة مهرها لزوجها على ألا يطلقها إلى الوقت الفلاني وطلقها الزوج قبل ذلك الوقت بطلت الهبة. أما إذا لم يبين وقت للإمساك وعدم التطليق وطلقها بعد مدة كانت الهبة لازمة (الأنقروي). فقيل إذا لم توقت لذلك وقتا كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال نعم إلا أن العبرة لإطلاق اللفظ (الهندية في الباب الثامن) وعليه يخطر على البال احتمالان فيما إذا توفي الموهوب له بعد أن عال الواهب مـدة : ـ

١ ـ قياساً على المسألتين اللتين مر ذكرهما يضمن الواهب مثل نفقة المدة التي عاله فيها الموهوب له لورثته ويسترد المال الموهوب منهم. وإلا فلا يجوز أن يضبط ورثة الموهوب له أو بيت المال عند عدم الورثة ذلك العقار ويترك الواهب محروماً منه.

٢ ـ قول ورثة المتوفي للواهب اننا نضبط المال بالإرث ولا نرده لك وإنما نعولك كما تعهد بذلك مورثنا لكن بما أنه لم يسبق بين ورثة الموهوب له والواهب عقد أو مقاولة على العول فليس من حق دعوى وخصومة بينهما.

كما لو وهب فرساً بشرط أن يعوضه الموهوب له عشرة ريالات وسلمه اياه وأعطى الموهوب له خمسة ريالات سلفاً واستمهله في الباقي على أن يعطيه اياها بعد ثلاثة أيام وتوفي في اليوم الثاني فليس لوارثه حق في إعطاء الخمس الريالات الباقيات وضبطه بدون رضى الواهب. بناءً عليه فهذا الإحتمال الثاني ساقط من الإعتبار والاحتمال الأول موافق للعدالة والفقه.

وإن يكن أنه يحق لورثته المفروغ له أن يعول الفارغ الذي أفرغ لمورثهم أراضيـه الأميريـة أو مسقفاته ومستغلاته الموقوفة مجاناً بشرط عوله بدلاً عن مورثه إلا أنه لا تقاس تلك المسألة الشرعية على هذه المسألة.

جاء في المجلة إلى الممات. هذا القيد ليس احترازياً فلو قال تعولني إلى السنة الفلانيـة يكون صحيحاً أيضاً. وفي هذه الصورة إذا عاله لتلك السنة فيكون العوض قد أدى تاماً ولزمت الهبة. ولا يكون بعد ذلك مجبراً على عوله (الشارح).

وتلزم الهبة بشرط العوض كما صار إيضاح ذلك آنفاً بالتقابض وعلى ذلك فللواهب في المثـال

المذكور حق الرجوع أي لو وهب أحد عقاره المملوك لآخر بشرط أن يعوله وسلمه اياه ولم يباشر الموهوب له بإعاشة الواهب ولو كان راضياً بعوله فله حق الرجوع أيضاً فلذلك قد جاء في الشرح علاوة على المتن قيد (بعد أن عاله مدة). والواقع أنه لو عال الموهوب له مدة فبما أنه قد قبض عوض المدة التي عاله فيها وإذا كان راضياً بعوله بعد ذلك يعني ان كان راضياً بإعطاء ما شرط إيفاؤه تدريجاً وتقسيطاً فليس للواهب الرجوع عن هبته ويوجد هذا القيد أيضاً في الفتوى التي أفتاها شيخ الإسلام علي أفندي على هذه المسألة.

جاء في المثال (وهو راض بعوله). لأنه إذ عاله مدة ثم امتنع عن ذلك فللواهب استرداد المال الموهوب عيناً إذا كان موجوداً وتضمينه بدله إذا كان مستهلكاً ولا يجبر على عوله. لأن الهبة تبرع ولا يجوز الإجبار على التبرع.

العوض الحكمي:

الهبة بشرط العوض الحكمي صحيحة أيضاً والشرط معتبر. العوض الحكمي كعدم التطليق وترك الظلم والسكنى معاً. فلو وهبت امرأة مهرها لزوجها بشرط أن يسافر بها للحج أو يحسن اليها أو يكسوها مرتين في السنة وهذه أي نفقة الحج والإحسان إليها وقطع الثوب هي بمنزلة شرط العوض وقد قال بعض المشايخ بأنه إذا وهبت امرأة مهرها لزوجها بشرط تركه ظلمها أو بشرط سكناه معها أو على أن لا يطلقها. فيكون ذلك بحكم الهبة بشرط العوض وحكموا ببطلان الهبة إذا ظلم الزوج زوجته أو امتنع عن مساكنتها وإن يكن ترك الظلم والمساكنة ليسا بعوض حقيقي إلا أنه مشابه في الجملة للعوض لأن الزوجة تنتفع منهما (أبو السعود المصري).

كذلك لو وهبت امرأة مهرها لزوجها كي لا يضربها ولا يظلمها ثم ظلم الزوج زوجته أو ضربها بدون حق يبقى مهرها أيضاً على حاله. وإن ضربها لتأديب مستحق عليها لا يعود (المهر الهندية في الباب الثامن).

وكذا لو وهبت الزوجة مهرها لزوجها لشرط أن يقطع لها في السنة ثوبين وقبل الزوج ذلك ومرت سنتان ولم يقطع لها الأثواب وكان قد شرط في الهبة المذكورة الشرط المذكور بقي المهر على حاله، لأن هذه الهبة لما كانت بمنزلة الهبة بشرط العوض فإذا لم يحصل العوض فلا تصح الهبة ولا تلزم (الأنقروي).

وتدل هذه المسألة على أن جهالة العوض غير مضرة. كما نقل ذلك عزمي زاده. وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن إليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض (الخانية في فصل في هبة المرأة مهرها من الزوج).

لاحقة

تحتوي على أربعة مباحث

المبحث الأول

في بعض الاختلافات بين الواهب والموهوب له

المسألة الأولى ـ إذا اختلف الواهب والموهوب له في مقدار العوض مع اتفاقهما على وقوع الهبة بشرط العوض يعني لو قال الواهب قد كان العوض عشرة دنانير وقال الموهوب له بل خمسة فالواهب يكون مخيراً إذا كان المال الموهوب قائماً والعوض غير مقبوض. إن شاء قبل العوض خمسة دنانير وإن شاء رجع عن الهبة وأما في حالة تلف الموهوب فللواهب تضمين الموهوب له قيمة الموهوب.

المسألة الثانية ـ إذا اختلف الواهب والموهوب له في أصل العوض يعني لو اختلفا فقال الواهب قد كان العوض مشروطاً وقال الموهوب له انه لم يشرط فالقول للموهوب له المنكر. وفي هذه الحال للواهب الرجوع عن الهبة إذا كان المال الموهوب موجوداً. أما إذا كان مستهلكاً فلا يلزم الموهوب له شيء. أنظر المادة (٨٧١).

المسألة الثالثة ـ إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة فقال الموهوب له إنني أخوك أو إنني أعطيتك عوضاً أو أن المال الذي أعطيته لي لم يكن هبة بل كان صدقة فليس لك الرجوع حسب أحكام المواد (٨٦٦ و ٨٦٨ و ٨٧٤) وأنكر الواهب ذلك فالقول استحساناً للواهب «أبو السعود المصري».

المسألة الرابعة ـ لو وهب أحد مالاً لآخر ثم بعد ذلك أنكر الهبة وأدعى أنه أعطاه وديعة فالقول مع اليمين للواهب فإذا حلف الواهب اليمين أخذ الموهوب: وإذا تلف الموهوب في يد الموهوب له ينظر فإذا كان تلفه قبل دعوى الهبة فلا يلزم الضمان أما إذا كان بعد دعوى الهبة كان المستودع ضامناً «الهندية في الباب التاسع».

المبحث الثاني

في بعض الشهادات المتعلقة بالهبة

المسألة الخامسة ـ إذا وهب الواهب مالاً للمستودع على الوجه المذكور في المادة «٨٤٦» ثم أنكر الهبة وشهد شاهدان على ذلك ولم يشهدا على رؤيتهما القبض صح ذلك أنظر شرح المادة «٨٤٦» كذلك

لو أنكر الواهب وجود الهبة وقت الهبة في يد المستودع وشهدت الشهود بالهبة ولم تشهد على رؤية القبض أو على إقرار الواهب بقبض الموهوب له وكان الموهوب وقت المخاصمة في يد الواهب والواهب في قيد الحياة صح أيضاً أنظر المادتين «٥و١٠» أما إذا توفي الواهب فالشهادة المذكورة باطلة «الهندية».

المسألة السادسة ـ لو ادعى أحد على آخر أنه قد وهبه المال الذي في يده وسلمه اياه ولدى إنكار الواهب ذلك شهدت الشهود على أن الواهب قد أقر بالهبة والقبض قبلت شهادتهم. أما لو وقع هذا الإختلاف بين الشاهدين كان ذلك موجباً لرد الشهادة.

مثلاً: لو شهد أحد الشهود على رؤية الهبة والتسليم والآخر شهد على أن الواهب أقر بالهبة والتسليم فلا يقبل. كما أنه تقبل شهادة الشهود على إقرار الواهب بالقبض في حالة وجود المال الموهوب حين الدعوى في يد الموهوب له «الهندية في الباب التاسع من الهبة»

المبحث الثالث

في حق الهبة والبراءة بخيار الشرط

المسألة السابعة ـ لو وهب الواهب مالاً على أن الموهوب له مخير كذا أياماً وأجاز الهبة قبل الافتراق جازت أما لو افترقا قبل الإجازة لم تجز، أما إذا وهب الواهب على أنه مخير كذا أياماً فالهبة صحيحة والشرط باطل. لأنه لما كانت الهبة عقداً غير لازم أنظر المادة (٨٦٤) فلا يصح فيها خيار الشرط كما ذكر ذلك في فصل خيار الشرط من شرح كتاب البيوع.

لكن هل يصح شرط خيار الشرط في الهبة اللازمة كالهبة لمحرم ذي رحم أو لأحد الزوجين أو الهبة بشرط العوض أو الصدقة؟

والحكم في البراءة أيضاً على هذا المنوال. فلو قال أبرأتك من حقي الفلاني على أن أكون مخيراً في ذلك كذا يوماً كانت البراءة صحيحة والخيار باطلاً (الهندية في الباب الثامن).

المبحث الرابع

في الاستثناء من الموهوب

المسألة العاشرة ـ ما تجوز هبته منفرداً يجوز استثناؤه من الموهوب. لو وهب الواهب ثمر شجرة على أن يبقى. له منه كذا رطلاً وآذنه بجمعها من الشجرة صح ذلك أنظر المادة (٢١٩). لكن ما لا تجوز هبته منفرداً لا يجوز استثناؤه من الموهوب يعني يكون الاستثناء باطلاً وتصح الهبة فيه جميعه فلو وهب الواهب فرساً على أن يبقى للواهب حملها الذي في بطنها وسلمه اياها فتكون الفرس وفلوها للموهوب له.

لأن الاستثناء إنما يكون في المحل الذي يمكن إيراد العقد عليه فبما أن عقد الهبة لا يرد على الحمل الذي هو من قبيل الوصف مقصوداً فالإستثناء المذكور يكون من قبيل الشرط الفاسد المخالف لمقتضى العقد. والشرط الفاسد لا يبطل الهبة (العناية).

الفصل الثاني

في بيان شرائط الهبة

سيبين هنا شرائط صحة الهبة وشرائط نفاذها والشرائط المذكورة ثلاثة أقسام:

القسم الأول ـ ما يعود على نفس الركن

القسم الثاني ـ ما يعود على نفس الواهب

القسم الثالث ـ ما يعود على نفس الموهوب

ويبين كل منها على الوجه الآتي:

القسم الأول ـ يلزم أن لا تعلق الهبة للمال على خطر الوجود العدم وأن لا تكون مضافة إلى وقت كما بين ذلك في متن وشرح المادة (٨٥٤).

القسم الثاني ـ كون الواهب أهلاً للهبة يعني أن يكون الواهب حراً عاقلاً وسيذكر ذلك في المادة (٨٥٩) (الهندية).

القسم الثالث ـ خمسة أنواع: ـ النوع الأول: كون الموهوب موجوداً وسيبين ذلك في المادة (٨٥٦) الآتية.

النوع الثاني: كون المال الموهوب متقوماً. بناءً عليه لا تجوز هبة الشيء الذي ليس بمال **كالآدمي** الحر والجيفة.

النوع الثالث: كون الموهوب مملوكاً بناءً عليه لا يجوز تمليك المباحات أنظر شرح المادة (٨٣٣)، الهندية.

النوع الرابع: كون الموهوب مقبوضاً وقد بين ذلك في المادتين (٨٣٧ و ٨٦١).

النوع الخامس، يلزم أن يكون الموهوب القابل القسمة مقسوماً وأن يكون المال الموهوب متميزاً عن غير الموهوب، وألا يكون الموهوب متصلاً أو مشغولاً بغير الموهوب كما سيفصل ذلك في اللاحقة التي في شرح المادة (٨٥٨) (الهندية).

﴿المادة ٨٥٦﴾ ـ (يشترط وجود الموهوب في وقت الهبة بناءً عليه لا تصح هبة عنب بستان سيدرك أو فلو فرس سيولد).

يشترط في صحة الهبة وجود الموهوب وقت الهبة. لأنه لما كان الشيء المعدوم غير محل للملك وتمليكه بعقد محال فالهبة المذكورة باطلة (الزيلعي). حتى انه لا تنقلب الهبة إلى الصحة بعدئذ فيما لو أذنه

بقبضه عند وجوده وقبضه بعد الوجود أنظر المادة (٥٢). كذلك الحكم على هذا المنوال في البيع كما هو مذكور في **المادتين** (١٩٧ و ٢٠٥).

بناءً عليه لا تصح هبة عنب بستان سيدرك أو فلو فرس أو حمل شاة سيولد في هذه السنة أو لو وهب الحمل الذي في بطن فرسه الحامل وسلطه على قبضه عند الولادة وسلمه اياه بناء على هذه الهبة بعد الولادة فلا تصح أي تبطل. لأنه في حكم المعدوم لاحتمال وجود الحمل وعدمه (أبو السعود المصري). ويفهم من الإيضاحات السالفة أن تعبير (أو فلو فرس سيولد) الوارد في متن المجلة عام في حق الفرس الحامل وقت الهبة وفي حق غيرها (مجمع الأنهر).

كذلك لو أضاع أحد دبوساً من ألماس فوهبه لأحد وسلطه على قبضه وآذنه بالتفتيش عنه والآخر جد في طلبه وقبضه فالهبة باطلة. لوجود الخطر وقت طلبه (أبو السعود).

كذلك لو وهب السمن الذي يستخرج من هذا اللبن أو الدقيق الذي سيعمل من هذه الحنطة أو (السيرج) الذي يستخرج من هذا السمسم وسلطه على قبضه وقت حدوثه فلا تنقلب الهبة إلى الصحة ولو سلمه بعد الحدوث بناءً على الهبة السابقة. لأن هذه معدومة وإنما توجد بالطحن والعصر. والواقع أنه وإن كان لهذه وجود بالقوة فلا يطلق عليها انها موجودة وإن كان ما يوجد بالقوة من عامة الممكنات (العناية). وإن يكن الوصية بهم جائزة إلا أن هذا الجواز ناشئ عن صحة الوصية بالمعدوم (الزيلعي)

وهبة المعدوم وإن كانت باطلة كما وضح آنفاً إلا أنه إذا وجد المعدوم وجددت الهبة بعد ذلك فلا شك في صحة الهبة (الهداية).

وأما لو وهب الصوف الذي على هذه الشاة والزرع الذي في هذه الأرض والثمر الذي على هذه الشجرة والحليب الذي في ثدي هذه الشاة فبما أنها بمنزلة (هبة المشاع) فإذا قص بعد ذلك الصوف وسلم للموهوب له تتم الهبة لأن امتناع الجواز ناشئ عن الإتصال وهذا مانع للقبض الكامل كما في الشائع (الهداية) يعني لو حلب اللبن وسلم حصل القبض الكامل ويكفي فصل الموهوب له اياه باذن الواهب (أبو السعود ، الهداية) وإنما جاز في اللبن وإن كان في وجوده شك لأنه قد يكون ريحاً أو دماً لترجح جانب الوجود، بالتصرف فيه فإنه بانفصاله يتيقن وجوده بخلاف هبة الحمل فإنه لا يصح ولو سلمه بعد الولادة لعدم إمكان التصرف وقت الهبة (الطحطاوي). وإن يكن بيع نوى التمر الذي في البلح غير جائز ولا ينقلب إلى الصحة ولو أخرجت بعد ذلك وسلمت بل يلزم فيه بيع جديد ويقتضي لذلك عدم جواز هبة اللبن في الثدي إلا أنه لما كانت الهبة عقد تبرع ويكفي فيه وجود الموهوب بالفعل ولا يقتضي فيه تعيين الموهوب بالفعل لعكس البيع هو عقد معاوضة الذي يحتاج لانعقاده للقدرة على التسليم (سعدي جلبي).

﴿المادة ٨٥٧﴾ - (يشترط أن يكون الموهوب مال الواهب بناء عليه لو وهب أحد مال غيره بلا إذنه لا تصح إلا أنه لو أجازها صاحب المال بعد الهبة تصح).

يشترط في نفاذ الهبة كون الموهوب مال الواهب. كما هو شرط في البيع (أنظر **المادتين** ٣٦٥ و ٣٧٨) وعليه فلا تصح الهبة. إذا لم يكن الموهوب مال الواهب. (أنظر المادة ٩٦).

وللموهوب ثلاثة أوجه لا يكون فيها للواهب. الوجه الأول ـ كأن يكون غير مال أبداً كالميتة والدم المسفوح أو يكون مالاً غير متقوم كالخمر والخنزير. بناءً عليه لو وهب أحد آخر ميتة وسلمه اياها كانت باطلة. وكما ان هبة ذلك باطلة فاعطاء العوض في هبة كهذه باطل أيضاً. كذلك المعاوضة بين المسلم وغير المسلم في الخمر ولحم الخنزير ليست جائزة سواء كان معطي الخمر عوضاً المسلم أو غير المسلم لكن تجوز المعاوضة في الخمر والخنزير بين غير مسلمين (الهندية في الباب الحادي عشر) وعليه لو وهب غير مسلم لمسلم مالاً وأعطاه المسلم خمراً عوضاً فللواهب الرجوع عن الهبة (الهندية).

الوجه الثاني ـ يكون الموهوب مالاً للموهوب له وهو لو أعطى أحد نقوداً لآخر قرضاً أو أجرة في مقابل عمل ووهب ذلك الشخص النقود وهي. لا تزال في يده عيناً لمن أعطاه اياها فلا تصح الهبة. حتى إنه ليس له استرداد النقود لو رجع عن هبته هذه (القاعدية).

الوجه الثالث ـ يكون مالاً للشخص الأجنبي. وما يتفرع عن ذلك هو كما يأتي.

فلو وهب أحد مال غيره بلا اذنه لآخر ولو كان ذلك الغير زوج الواهب أو ابنه الصغير أو الكبير وسلمه اياه فلا يصح أي لا ينفذ (أنظر المادة ٩٦). لأن تمليك أحد مالاً يملكه محال (الهندية).

وعليه لو وهب أحد أشياء زوجته بدون إذنها لشخص وسلمه اياها ولم تجز الزوجةالمذكورة تلك الهبة فلها أن تسترد الأشياء المذكورة من الموهوب له.

كذلك لو وهب الأب مال ابنه لآخر بدون إذنه وسلمه اياه فللابن استرداده إذا لم يجز الهبة (هامش البهجة).

وإذا تلف المال الموهوب في هاتين الهبتين في يد الموهوب له فلصاحب المال أن يضمن الواهب أو الموهوب له.

وكذا إذا حول الدائن دينه المطلوب من آخر لدائنه حوالة مقيدة وقبل أن يأخذ الشخص المذكور الدين من المدين وهب الدائن المبلغ المذكور للمدين صحت الهبة ولا تبطل الحوالة (الأنقروي، الولوالجية) (أنظر المادة ٦٩٢).

لكن كما تصح هبة أحد مال غيره باذنه ابتداء يعني هبته مال غيره بالوكالة تصح هبة مال آخر بلا إذنه إذا أجاز صاحب المال بعد ذلك أي تنفذ. لأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة كما هو مذكور في المادة (١٤٥٣) كما في البيع (أنظر المادة ٣٨٨). لكن يشترط في وقت الإجازة كما في البيع قيام الواهب والموهوب له والمجيز والمال الموهوب.

قد استعملت المجلة في المادة (١٠٦) لفظ الصحيح مقابلاً للنافذ وفي المادة (١٠٨) قد استعملت اللفظ المذكور في معنى شامل للنافذ أيضاً وهنا قد استعملته في معنى النافذ فقط. والهبة التي تنعقد وتنفذ بتلك الإجازة تقع من طرف صاحب المال أي المجيز.

كذلك لو وهب المأمور بالهبة شيئاً من ماله فتكون هذه الهبة واقعة من طرف الآمر كما سيوضح قريباً.

فعليه إذا أعطى الموهوب له للواهب فضولاً عوضاً أو كان بين الموهوب له والواهب القرابة المانعة للرجوع الواردة في المادة (٨٦٦) فلصاحب المال الرجوع عن هذه الهبة (القنية) وبالعكس لو أعطى الموهوب له لصاحب المال عوضاً أو كان بين الموهوب له وبين صاحب المال القرابة المحررة في المادة (٨٦٦) المذكورة هنا آنفاً فليس له الرجوع (الهندية).

استثناء: ـ

المسألة الأولى ـ لا بأس في تصدق الزوجة بالشيء اليسير من دار زوجها كقطعة من الخبز (البزازية).

المسألة الثانية ـ لو أمر أحد آخر قائلاً له هب لفلان من طرفي ألف قرش ووهبه الآخر فتقع من طرف ذلك الشخص أي الآمر ولما كان الآمر الذي عد واهباً غير مالك لذلك المال فليس للمأمور الرجوع على الآمر كما أنه ليس له استرداد الموهوب من الموهوب له إلا أنه يحق للآمر إذا لم يوجد ثمة مانع من الرجوع أن يرجع عن هذه الهبة ويسترد المبلغ المذكور من الشخص الموهوب له لكن لو أمره قائلاً (هب للشخص الفلاني ألف قرش على إني ضامن) ووهب الآخر المبلغ تقع أيضاً هذه الهبة من الآمر وللآمر حق الرجوع عنها فيما لو كان لا يوجد مانع من موانع الرجوع. أما المأمور وإن كان ليس له حق الرجوع عن الهبة المذكورة فله الرجوع على الآمر بالمبلغ الذي وهب (البحر).

﴿المادة ٨٥٨﴾ ـ (يلزم أن يكون الموهوب معلوماً معيناً بناءً عليه لو قال الواهب لا على التعيين قد وهبت شيئاً من مالي أو وهبت أحد هاتين الفرسين لا يصح وأما إذا قال لك الفرس التي تريدها من هاتين الفرسين وعين الموهوب له في مجلس الهبة أحدهما صحت الهبة ولا يفيد تعيينه بعد المفارقة عن مجلس الهبة).

يعني يلزم أن يكون المال الموهوب الذي هو عين معلوماً ومعيناً والمهوب له سواء أكان صغيراً أم كبيراً. لأن تمليك المجهول ليس صحيحاً (تكملة رد المحتار).

فعليه إذا قال الواهب لا على التعيين (١) يجوز عده من جملة مقول القول كما أنه يصح عدم عده واعتباره وهبت لك مالي شيئاً أو وهبت لك مقداراً مما أملكه (٢) أو وهبتك أحد هاتين الفرسين لا تصح الهبة لأن الموهوب في الصورة الأولى ليس معلوماً وفي الصورة الثانية ليس معيناً أيضاً.

كذلك لو وهب أحد حصته في تركة قبل أن يعلم ما يصيبه منها من المال لأحد الورثة لا تصح الهبة كما لا تصح الهبة فيما لو قال أحد وهبت مقداراً من الأشياء التي أملكها لابني الصغير ولم يعين الأشياء التي وهبها ولم يعلم بها (التنقيح وعلي أفندي).

وشرط كون الموهوب معلوماً بالنظر إلى الواهب.

وعليه لو وهب الواهب حصته في هذا المعلومة المقدار عنده صحت الهبة ولو لم يعلم الموهوب له حصة الواهب في ذلك المال كما ذكر ذلك في البزازية، لكن قد جاء في الولوالجية لو قال وهبت نصيبي في هذا الحصان ولم يعلم الموهوب له مقدار ذلك النصيب فلا تجوز الهبة لجهالة الموهوب انتهى بتغيير ما.

وأما إذا قال لك الفرس التي تريدها من هاتين الفرسين وعين الموهوب له مجلس الهبة أحدهما صحت الهبة لأن معنى قول الواهب فهي لك قد وهبتك اياها فهي لك أي انه إيجاب بطريق الاقتضاء كما أن تعيين وقبض الموهوب له هو قبول حسبما جاء في المادة (٨٤١).

والسبب في كون الجهالة غير مانعة في هذه الصورة هو زوال سبب الفساد قبل تأكد الفساد بتفرق المجلس وبذلك تعود الصحة الممنوعة. أنظر المادة (٢٤). لأن ارتفاع الجهالة في المجلس بمنزلة البيان وقت العقد (الخانية في أوائل الهبة).

أما التعيين بعد الافتراق من مجلس الهبة فلا فائدة فيه يعني لو قال الواهب أيما أردت من هذين المالين فهو لك ولم يعينه الموهوب له في مجلس الهبة وقبضه وعينه بعد المفارقة في مجلس آخر فلا يفيد التعيين الواقع إزالة الفساد. لأن الفساد تأكد بملابسة التفرق عن المجلس فلا ينقلب بالتعيين إلى الصحة بعد ذلك. وإن تفرقا قبل البيان لا يجوز لتقرر الجهالة (الخانية أوائل الهبة).

ولزوم كون الموهوب معلوماً ومعيناً فيما إذا كان الموهوب عيناً كما أشير إلى ذلك أثناء الشرح.

أما إذا كان ديناً فلا يلزم أن يكون معلوماً ومعيناً. وبعبارة أخرى لا يلزم أن يكون الدين الموهوب معلوماً في الهبة. لأن هبة الدين إسقاط والجهالة لا تمنع صحة الإسقاط ويعود بيان المجهول إلى المسقط (الخانية في أوائل الهبة).

مثلاً إذا كان لأحد على آخر ألف قرش من جهة قرض وألف أخرى من جهة بدل إجارة وقال ذلك الشخص وهبتك ألفاً من الألفي قرش المذكورين صحت الهبة ويعود تعيين أيهما على الواهب إذا كان حياً وعلى ورثته بعد وفاته. لأن هبة الدين للمديون إبراء والجهالة في الإبراء لا تخل بصحته (الولوالجية).

لاحقة

تحتوي على مبحثين

المبحث الأول

في حق الشروط الباقية المتعلقة بالموهوب

بما أن بعض التصرفات في المشاع صحيحة وبعضها غير صحيحة فبعد تعداد ذلك إجمالاً (سنذكر بعض الإيضاحات في هبة المشاع).

١ ـ البيع، يجوز بيع المشاع للمشارك وللأجنبي. أنظر المادتين (٢١٤ و ٢١٥) سواءً أكان قابلاً

للقسمة أم لم يكن.

٢ ـ الإجارة، إذا أوجر المشاع المشترك صح وإذا أوجر لأجنبي كان فاسداً أنظر المادة (٤٢٩).

٣ ـ الإعارة، تجوز إعارة المشاع للشريك كما أنه لو أعار شخص لأجنبي نصف الدار التي يملكها وسلمها كلها له جاز وتكون الإعارة مستأنفة في الكل وإلا فلا أنظر شرح المادة (٨١١).

٤ -الرهن، رهن المشاع فاسد على الإطلاق والمرهون سواء كان قابلاً للقسمة أم غير قابل وسـواء كان للشريك أم لأجنبي أنظر شرح المادة (٧١٠).

٥ -الوقف، إن وقف المشاع القابل القسمة جائز عند الإمام الثاني وأما عند الإمام الثالث فليس بجائز. أما وقف المشاع غير القابل القسمة فجائز بالإتفاق.

٦ ـ الإيداع، يجوز إيداع الشريك الحصة الشائعة. أما تسليم حصة الشريك للغير مع حصته بلا إذن المشارك فغير جائز أنظر المادة (١٠٨٧).

٧ ـ القرض، يجوز إقراض الحصة الشائعة. فلو سلم أحد لآخر ألف قرش وقال له إن نصفها قرض لك والنصف الآخر اعمل بها للشركة كان صحيحاً (الطحطاوي، فتح القدير، الأنقروي).

٨ ـ الهبة، إن هبة المشاع مع أنها ذكرت إجمالاً في مثال المادة (٥٤) ولم تذكر في هذا الكتاب فقد رؤي إيضاحها على الوجه الآتي:

المسألة الأولى ـ يلزم أن يكون الموهوب القابل القسمة غير شائع وقت قبضه. لأن القبض في الهبة منصوص عليه فيشرط القبض الكامل في المنصوص عليه. وعليه فيدل النص على الاعتناء والاهتمام بوجود المنصوص عليه. فعليه يشترط القبض الكامل في الهبة لتفيد وتثبت للموهوب له الملك وفي هبة المشاع لا يحصل القبض الكامل. لأن القبض بسبب كهذا عبارة عن صيرورة الشيء بتمامه في حيز القابض والشائع لا يكون في حيز القابض من كل وجه فيكون من وجه في حيز القابض ومن وجه آخر في حيز الشريك والكامل هو الشيء الموجود من كل وجه (الزيلعي) فكل جزء في حيزه يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضاً من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم الناقية للاعتناء بشأنه (العناية).

سؤال، يجوز في الوصية والبيع الصحيح والقرض والبيع الفاسد والسلم والصرف قبض الشائع اما في الهبة فلا يجوز فما الفرق في ذلك؟

جواب، بما انه لا يشترط في الوصية والبيع الصحيح القبض فلا يضر فيهما الشيوع كما انه وان شرط القبض في البيع الفاسد والسلم والقرض والصرف فبما انه ليس منصوصاً عليه فلا تقتضى مراعاة كماله (ابو السعود المصري). كالقرض والوصية بان دفع اليه الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضاً عليه ويعمل في النصف الآخر لشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعاً (الفتح). فالجواب ما ذكرناه.

وعليه لو وهب حصته من مال قابل القسمة اي الحصة التي يجوز افرازها وتقسيمها فالهبة

جائزة في نفسها الا انه يلزم افرازها وتسليمها لتفيد الملك للموهوب له اذ لا تتم الهبة بتسليمها مشاعاً ولا تفيد الملك للموهوب له (العناية) ولو كانت الهبة من الاب لطفله فعليه لو قال احد الشريكين للاخرّ قد وهبتك حصتي من الربح وكانت الحصة المذكورة قائمة تماماً في يد الموهوب له وموجودة فلا تكون الهبة صحيحة. لأنها تكون هبة شائع قابلة للقسمة (الهندية قبيل الباب الثالث).

استثناء:

لكن لو وهب احد الشريكين حصته في المال المشترك بينهما شائعاً للآخر مثلاً لو كان قصر مشتركاً بين زيد وعمرو شائعاً ووهب زيد لعمرو حصته وسلمه اياها فهذه الهبة صحيحة عند بعض الفقهاء اما البعض الاخر منهم فقالوا بان القول بصحة هذه الهبة هو لابن ابي ليلى اما ظاهر اقوال الفقهاء فهو بعدم صحة الهبة للشريك ايضاً (الطحطاوي) وكذلك كما هو مذكور في شرح المادة (٨٥١) ان الاب لو وهب نصف ماله القابل القسمة لطفله كان صحيحاً.

المسألة الثانية ـ اختلف في هبة المشاع فقد ذهب بعض الفقهاء الى كون الهبة المذكورة فاسدة والهبة الفاسدة تفيد الملك على القول المفتى به كما هو مبين في الدرر (ابو السعود المصري).

وعلى هذا القول يصح تصرف الموهوب له في المال الذي يتهبه شائعاً. قال الطحطاوي يفيد الملك ملكاً فاسداً وبه يفتى.

فعليه لو وقف احد العرصة الموهوبة له هبة فاسدة صح الوقف وضمن قيمتها (ابو السعود المصري) وقال البعض الآخر بعدم تمام هبة المشاع «ابو السعود، علي افندي» والاصح ان هبة المشاع لا تفيد الملك كالهبة قبل القبض «الطحطاوي بتغيير ما».

وعلى القول الثاني اذا وهب مال مشاع ثم افرز وقسم بعد الهبة وسلم للموهوب له اصبحت الهبة المذكورة تامة وانقلبت الى الصحة «عبد الحليم» أنظر المادة «٢٤» والحكم واحد سواء اقسم الواهب بالذات ام اناب احداً فقسمه ام امر الموهوب له فقسمه مع الشريك «رد المحتار».

مسائل متفرعة على هذا القول اي عن كون هبة الشائع غير تامة:

أولاً ـ إذا تصرف الموهوب له في المال الموهوب بوجه من الوجوه كالبيع مثلاً لا ينفذ تصرفه «الأنقروي والدرر» فعليه لو وهب أحد نصف داره القابلة للقسمة وسلمها كلها به ثم باع الموهوب له بعد تسلمه الكل الحصة الموهوبة من آخر فلا تصح «الهداية» وتكون مضمونة على الموهوب له «الزيلعي والخانية في فصل في هبة المشاع».

ثانياً ـ ينفذ تصرف الواهب في المال الموهوب والذي سلم مشاعاً «الزيلعي».

المسألة الثالثة ـ الشيوع الذي يخل بتمام الهبة هو الشيوع الذي يكون وقت القبض كما هو مبين في المسألة الأولى وليس الشيوع وقت الهبة فقط «النهاية».

والحاصل ـ في هذا أربع صور:

الأولى ـ كونه غير شائع وقت الهبة ووقت التسليم معاً. والهبة في هذه الصورة صحيحة.

والثانية ـ كونه وقت الهبة مشاعاً ووقت التسليم غير مشاع والهبة في هذه الصورة صحيحة أيضاً. فعليه لو سلم أحد داره كلها لآخر على أن نصفها هبة والنصف الآخر صدقة صح له أن يرجع في القسم الموهوب (الولوالجية والهندية) لأن تمامها بالقبض ولا شيوع عند القبض (أبو السعود المصري).

كذلك لو وهب أحد نصف ماله لشخص وقبل تسليمه وهبه النصف الآخر وسلمهما له معاً صحت الهبة «البحر» وعليه ففي هاتين المسألتين وإن كان شيوع وقت الهبة ولكن وقت القبض لا شيوع.

الثالثة ـ كونه وقت الهبة غير شائع ووقت التسلم شائعاً. وعليه فلو وهب شخص مجموع مال بتمامه لآخر وسلمه متفرقاً كانت الهبة صحيحة قال في الهندية في الباب الثاني ولو وهب الجميع وسلم متفرقاً جاز كذا في التاتار خانية.

لكن شيوع في هذه الصورة قد زال بتسليم القسم الآخر ومتى زال مانع الصحة عاد الممنوع. أما إذا لم يزل الشيوع فلا تصح.

فلو وهب شخص داره بتمامها لآخر ثم رجع قبل التسليم عن هبة نصفها وسلم النصف الشائع الآخر فيقتضي عدم صحة الهبة إلا أنه يجب تحري مسألتها وإيجادها.

الرابعة ـ كونه شائعاً وقت الهبة ووقت التسليم معاً. والهبة ليست صحيحة في هذه الصورة ما لم تكن الهبة للشريك «أنظر المسألة الأولى».

وعليه لو وهب أحد نصف ماله القابل القسمة لشخص وسلمه اياه شائعاً ثم بعد ذلك وهبه النصف الآخر وسلمه اياه شائعاً. فلا يخرج عن الشيوع «القهستاني».

المسألة الرابعة ـ على الشخص الذي يريد هبة حصته الشائعة لآخر من مال قابل القسمة أن يبيع نصف ذلك المال للموهوب له ويبرئه من ثمنه (الأنقروي).

وفي هذه الصورة يكون الواهب قد أوصل للموهوب تمام المنفعة التي يريد هبتها له.

المسألة الخامسة ـ يوجد اختلاف في كون الشيوع من طرف الموهوب له مانع لتمام الهبة (القهستاني).

فلو وهب مالاً واحداً قابلاً القسمة لاثنين فلا يجوز ذلك عند الإمام الأعظم، ومع ذلك لو كان الموهوب له واحداً ووكل شخصين اثنين لقبض الدار الموهوبة إليه فلا شيوع في ذلك (رد المحتار).

مثلاً لو وهب أحد قصره بقوله مخاطباً زيداً وعمراً قد وهبتكما قصري أي إذا لم يذكر حصة كل من الموهوب لهما فقد اختلف الإمام الأعظم والإمامان على الوجه المذكور. (الطحطاوي)

أما لو وهب مالاً واحداً قابل القسمة لاثنين جاز عند الإمامين ولا شيوع في هذا.

أما إذا فصلت الحصص الموهوبة ينظر فإذا كان هذا التفصيل رافعاً بعد الإجمال فلا يجوز عند الإمام الأعظم سواء أكان التفصيل مع التفضيل أم لا. أما عند الإمام محمد فيجوز مطلقاً.

مثال للتفضيل: لو قال أحد خطاباً لزيد وعمرو وهبتكما أنتما الإثنان هذا القصر لك يا زيد الثلثان ولك ياعمر الثلث.

مثال على عدم التفضيل: لو قال أحد خطاباً لزيد وعمرو وهبتكما أنتما الإثنان هذا القصر نصفه لك ياعمرو والنصف الآخر لك يا زيد .

وإذا كان هذا التفضيل ابتداء يعني من غير سابقية الإجمال فلا يجوز بالإتفاق، سواء كان التفصيل بالتفضيل أم بلا تفضيل ونوضح هذه الفقرة على الوجه الآتي . وتكون هبة شخص لاثنين من غير سابقية الإجمال على أربعة أوجه .

الوجه الأول ـ كون العقد والقبض مختلفين ففي هذه الهبة التي على هذا الوجه شيوع بالإتفاق كما لو وهب أحد نصف ماله القابل القسمة لشخص وسلمه اياه ثم بعد ذلك وهب النصف الآخر لآخر وسلمه (أنظر المسألة الأولى) .

الوجه الثاني ـ كون العقد متفقاً والقبض مختلفاً ولما كان الاعتبار بالقبض كما وضح آنفاً فالهبة على ذلك الوجه غير جائزة كهبة شخص ماله القابل القسمة ابتداء بتفصيل وبعقد واحد لشخصين وتسليمه بعد ذلك مرة لأحدهما ومرة للآخر .

الوجه الثالث ـ كون العقد مختلفاً والقبض متفقاً .

الوجه الرابع ـ كون العقد والقبض متفقين فقد قال الإمام الأعظم بعدم جواز الهبة في الوجه الثالث والرابع . ما لم تكن الهبة والتسليم بالمعية واقتسما جازت الهبة حينئذ «أبو السعود العمادي، البحر، الهداية، الفتح» وقد أفتى شيخ الإسلام علي أفندي بقول الإمام الأعظم .

المسألة السادسة ـ لو وهب أحد ماله الذي في يده القابل القسمة لولديه الصغير والكبير وسلمهما اياه فلا تتم الهبة . لأنه كما صار إيضاحه في شرح المادة «٨٥١» .

تنعقد وتتم الهبة للصغير بمجرد الإيجاب أما هبة الكبير، فانها تتوقف على القبول والتسليم وبذلك تتأخر عن هبة الصغير فيحصل بالإتفاق الشيوع في هذه الهبة «البزازية والبحر» والحيلة لتصحيح هذه الهبة أن يسلم المال أولاً لولده الكبير ثم يهبه بعد ذلك على الوجه المذكور لولديه الكبير والصغير «التنقيح» لأن في هذه الحال كما هو مذكور في المادة (٨٤٦) لا تتوقف على التسليم للكبير ولا تتأخر عن هبة الصغير وكل حيلة يتخلص بها من الحرامي أو يتوصل بها إلى الحلال فهي حسنة (الطحطاوي) .

المسألة السابعة ـ قابلية التقسيم هي بالنظر إلى الحصة الموهوبة فعليه لو وهب شخص قصراً إلى أولاده الأربعة وكان ممكناً تقسيمه إلى أربعة أقسام صحت الهبة كما أنه لو كان غير ممكن تقسيمه إلى أربعة أقسام بل كان ممكناً تقسيمه إلى قسمين أو إلى ثلاثة أقسام صحت الهبة أيضاً فعليه لو وهب ربع ماله الذي يمكن قسمته إلى قسمين فقط جاز (التنقيح) .

المسألة الثامنة ـ إن الشيوع الذي من طرف الواهب فقط ليس مانعاً من تمام الهبة بالإتفاق . فلو وهب شخصان أموالهما المشتركة القابلة القسمة لشخص واحد فبما أنه قد سلم المال جملة وقبض جملة جازت إذ لا شيوع في ذلك (القهستاني، الهداية) .

المسألة التاسعة ـ لا يحل في الصدقة الشيوع الذي من طرف المتصدق عليه في تمامها كما هو مبين في الجامع وخزانة المفتين (الهداية، وهامش الأنقروي) .

مثلاً لو تصدق أحد بمال له قابل القسمة على شخصين وسلمهما اياه معاً كان صحيحاً كما لو تصدق آحد بعشرة ريالات إلى فقيرين أو وهبها اياهما جاز لا لغنيين لأن الصدقة على الغني هبة فلا تصح للشيوع أي لا تملك فلو قسمها وسلمها صح (الدر المختار) .

والفرق بين ذلك وبين الهبة أي بين المسألة الخامسة: أنه يقصد بالصدقة وجه الله تعالى وهذا واحد والفقير نائب عنه أما في الهبة فيقصد وجه الغني وهما إثنان[1] (الهداية، وأبو السعود، البحر، الدر المختار) .

أما لو تصدق أحد بنصف الشائع القابل القسمة على أحد فلا تصح ولا تتم الهبة ما لم تسلم بعد الإفراز كما في الهبة (البحر والأنقروي) .

المسألة العاشرة ـ الشيوع المانع لتمام الهبة هو الشيوع المقارن وليس الشيوع الطارئ ا انظر المادة (٥٥) لأنه إذا وهبه غير شائع وبعد أن تمت الهبة بالقبض الكامل ثم طرأ بعد ذلك شيوع فبما أنه يكون هذا الشيوع طارئاً على ملك الموهوب له وجادثاً بعد الهبة والتسليم فلا ينافي هذا الشيوع الملك ولا يخل بالهبة التي صحت وتمت سابقاً (تكملة رد المحتار) .

مثلاً: لو وهب أحد مجموع مال القابل القسمة وبعد أن سلمه رجع عن نصفه وإن طرأ برجوعه هذا شيوع على المال الموهوب إلا أنه لما كان هذا الشيوع طارئاً غير مقارن فلا يمنع تمام الهبة أنظر المادة (٥٦) .

فلذلك لو وهب أحد وهو في مرض الموت داره التي لا يملك سواها لآخر وتوفي بعد أن سلمه اياها ولم تجر الورثة الهبة فتبطل الهبة في الثلثين وتبقى في الثلث بناءً على المادة (٨٧٩) (رد المحتار) .

المسألة الحادية عشرة ـ والشيوع العارض ضبط بعض الموهوب بالاستحقاق بالبينة فهو شيوع طارئ لا يضر بالهبة كما في المثالين المذكورين في المسألة الآنفة كما ذكره ابن كمال وصدر الشريعة والكرماني والنهاية والهندية . إلا أن قاضيخان وجامع الفقه والظهيرية والكافي قالوا بعدم تمام الهبة لمقارنة الشيوع المذكور.

مثلاً لو وهب شخص داراً قابلة القسمة إلى قسمين لآخر وسلمه اياها ثم بعد ذلك ظهر لنصفها الشائع مستحق تبطل الهبة في باقيها أيضاً.

حتى ان صاحب الدرر قد خطأ القائلين يكون الشيوع المذكور طارئاً وقد وردت هذه التخطئة في مثال المادة (٥٥) والمادة (٤٣٠).

ومسألة كون الشيوع العارض للموهوب لاستحقاق وبالبينة شيوعاً مقارناً مسألة مشهورة ليست محلاً للتردد (نوح أفندي) .

وقد قال القهستاني نقل في الشيوع العارض بالاستحقاق قولان أحدهما أن الشيوع المذكور مقارن والآخر طارئ.

(١) في هذه المسألة (المعرب)

وإذا ثبت الاستحقاق بالبينة فيقال مع بيان كون الشيوع مقارناً إذا تبين كون نصف الموهوب ملكاً للمستحق في وقت الهبة وكان الموهوب بستاناً واستهلك الموهوب له الأثمار الحاصلة في المدة الواقعة بعد الإتهاب وقبل الاستحقاق لزمه ضمان حصة المستحق في الأثمار لأن البينة تثبت الملك من الأصل أنظر المادة (٧٨) وشرحها.

أما إذا ثبت الاستحقاق بالاقرار فإذا ثبت باقرار الواهب فهذا الإقرار الذي بحق أخذ الموهوب من يد الموهوب له لغو لأنه إقرار في حق الغير وهذا باطل. وإذا ثبت باقرار الموهوب له فيؤاخذ بلا شك الموهوب له باقراره هذا ولكن هل تبطل الهبة في هذه الصورة بعروض الشيوع (الطحطاوي).

قد ذكرنا آنفاً المسائل المذكورة في الكتب الفقهية في الشيوع العارض للموهوب بعد الهبة ولأبادر الآن إلى بيان رأيي العاجز في هذه المسألة وبالله التوفيق:

إذا عرض شيوع للموهوب بالاستحقاق سواء أكان الاستحقاق ثابتاً بالبينة أو باقرار الموهوب له فهذا الشيوع طارئ لأن المستحق إذا أثبت مدعاه بالبينة أو بالإقرار تحقق أن الواهب فضولي في هبة نصف الموهوب وكان موقوفاً على إجازة المستحق. لأنه يستفاد من المسائل المبينة في الباب التاسع من كتاب الهبة والباب الرابع من كتاب الغصب من الهندية أنه قد اختلف في كون ظهور مستحق للمعقود عليه في العقد الفضولي مستلزماً انفساخ العقد الواقع أم غير مستلزم.

ويتبين من المادة (٦٣٨) من المجلة أيضاً أن عقد الفضولي لا ينفسخ بمجرد الاستحقاق وأنه تجوز الإجازة بعد ذلك. فعليه لو أجاز المستحق بعد ذلك الهبة جازت ونفذت بمقتضى المادة (٨٥٧) وإذا لم يجزها تنفسخ الهبة في النصف المستحق عند عدم الإجازة. ولذلك يحدث الشيوع في زمان عدم الإجازة والفسخ ولم يكن موجوداً قبلاً فلذلك لا يستحق صدر الشريعة التخطئة في هذه المسألة بل يستحقه مخطؤوه وهذا إنجاز ما وعدناه من التفصيل في شرح المادة (٥٥).

المسألة الثانية عشرة - إن هبة حصة من مال غير قابل للقسمة كحجرة واحدة، دابة واحدة وثوب واحد وحائط واحدة صحيحة. لأنه لما كان القبض الكامل لا يتصور في مشاع كهذا فيلزم الاكتفاء بالقبض القاصر (أبو السعود المصري) لأنه لو اعتبر القبض الكامل في هذا أيضاً لاقتضى ذلك انسداد باب الهبة في هذا النوع من الأموال.

سؤال: تستلزم هبة الحصة الشائعة في الأموال التي ليست قابلة للقسمة إيجاب المهاياة على المتبرع والحال أن الإيجاب على المتبرع غير جائز.

جواب: بما أن المهايأة كما هو مذكور في المادة (٤١٩) عبارة عن قسمة المنافع والتبرع إنما وقع على العين والإيجاب المذكور واقع على الشيء الذي لم يتبرع به ولا ضرر من ذلك (الزيلعي والطحطاوي).

مثلاً: تصح هبة حصة معلومة من دابة واحدة أو ريال واحد أو ثوب واحد (الهداية والبهجة).

ولا بد أن تكون الحصة الموهوبة معلومة أنظر المادة (٨٥٨). بناءً عليه لو وهب حصته في دابة معلومة ولم يكن عالماً بمقدار الحصة فلا تجوز الهبة (أبو السعود المصري).

وليس للموهوب له الذي وهب له مال مشاع كهذا أن يطلب القسمة مع الواهب لأن المال غير قابل للقسمة إلا أن له طلب المهايأة (البحر) أنظر المادتين (١١٣٠) (١١٨٣) والدين غير مقابل للقسمة أيضاً أنظر المادة (١١٢٣).

بناءً عليه لو قال أحد الشريكين لصاحبه وهبتك حصتي من الربح واستهلك الموهوب له تلك الحصة كانت الهبة صحيحة (الهندية قبيل الباب الثالث) أنظر المادة (٨٧٣). والمال القابل للقسمة سيبين في المادة (١١٣١).

المسألة الثالثة عشرة ـ كون الموهوب محرزاً يعني يلزم أن يكون مفرزاً من ملك الواهب وحقوقه.

بناءً عليه لا تجوز هبة الأراضي بدون المزروع عليها إذا كان زرعها قائماً وغير محصول ولا الشجر بدون ثمر قبل جمع ثمرها. لأن الزرع والثمر لما كانا من أجزاء الأرض والشجر فالهبة المذكورة بمنزلته هبة الجزء الشائع (الولوالجية، والبهجة) وعليه فتكون الهبة هذه هي في حكم هبة المشاع (رد المحتار).

وعليه لو أراد أحد أن يهب مزرعته مع زرعها فوهب أولاً المزرعة ثم الزرع أو وهب أولاً الزرع ثم المزرعة فإذا جمع بينهما في التسليم كانت هبة الإثنين جائزة وأما إذا فرق بينهما في التسليم فسلم أولاً المزرعة ثم الزرع أو أولاً الزرع ثم المزرعة فلا تصح (الهندية) أنظر المسألة الثالثة.

كذلك إذا وهب شخص أشجاره المملوكة في أرض الوقف المربوطة بالمقاطعة أي في الأرض المستحكرة بدون أن يفرغ الأرض باذن المتولي أو وهب كرمه المزروع في أرض أميرية بدون أن يفرغ الأرض باذن صاحب الأرض كان ذلك غير صحيح لأنه لما كانت عروق الشجرة داخلة في الأرض أصبحت في حكم المشاع «أبو السعود العمادي» أما الهبة للصغير فهي جائزة كما مر ذكره في شرح المادة «٨٥١» «علي أفندي».

إلا أنه إذا وهب الواهب البناء بدون عرصة أو الزرع بدون أرض أو ما على الشجر من الثمر بدون شجر واذن الواهب صراحة للموهوب له بنقض البناء أو حصاد الزرع أو جمع الثمر ونقض الآخر البناء وحصد الزرع وجمع الثمر وقبضه كان صحيحاً. لأن فعل الموهوب له بأمر الواهب كفعل الواهب بالذات (الولوالجية) أما إذا لم يأذنه الواهب صراحة فلا تصح الهبة ويضمن الموهوب ولو بعض الموهوب له أو حصد أو جمع في مجلس الهبة (الهندية).

لكن تجوز هبة الدار التي على أرض وقف ذي مقاطعة أي محكرة والدار المبنية التي على أرض أميرية والدار التي ليست مماثلة للكرم والبستان، لأن البناء ليس كالغرس ولما كان اتصاله بالأرض ضعيفاً فليس في حكم الشائع (أبو السعود العمادي).

وبما أن الهبة في ذلك تكون هبة للأبنية فقط فللواهب أن يأمر الموهوب له برفع الأبنية ولا تكون العرصة موهوبة تبعاً للأبنية علي أفندي قبيل نوع في الهبة للصغير. هبة البناء بدون الأرض جائزة

(الهندية في الباب الحادي عشر).

المسألة الرابعة عشرة ـ هبة الشاغل جائزة يعني لو وهب أحد ماله الشاغل ملكه جاز لأن المظروف يشغل الظرف أما الظرف فلا يشغل المظروف (الحموي).

مثلاً: لو وهب الواهب ما في داره من أشياء لأحد وسلمها مع الدار له صح ذلك كذلك لو وهب كل ما في مكتبته من الكتب لابنه وسلمها مع المكتبة وقبض الآخر الكتب والمكتبة تمت الهبة (علي أفندي) كذلك لو وهب الدقيق الذي في غرارة وسلمه مع الغرارة جاز.

كذا لو وهب حمل الدابة فقط وسلمه مع الدابة أو وهب الماء الذي في القربة فقط وسلمه مع القربة جاز (الهندية) لأن الموهوب في هذه الصور غير مشغول بل شاغل لملك الواهب وهذا لا يوجب ثبوت يد الواهب على الموهوب والواقع أن يد الواهب وإن كانت قائمة في الظرف فبما أن الظرف آلة للحفظ فهو تابع فثبوت اليد التابع لا يوجب قيام اليد في الأصل (أبو السعود المصري).

أما هبة المشغول فلا تجوز أي لا تجوز هبة المال المشغول بمتاع الواهب وملكه (البهجة) لأن الموهوب إذا كان مشغولاً بمتاع الواهب كان كالمشاع وفي حكمه.

مثلاً لو وهب أحد داره المشغولة بامتعته وسلمه اياها فلا تجوز. إلا إذا سلمها بعد تخليتها من الأمتعة المذكورة. فحينئذ تصح الهبة كما تصح لو وهبه الأمتعة أيضاً وسلمه الكل معاً (أنظر المادة ٢٤) «الطحطاوي».

وقوله في هذه الأمثلة إذا سلم الموهوب والمشغول به معاً ليس احترازاً عن تسليم الموهوب وحده وتمام الهبة في هذه الصورة أولى فيها إذا سلم الموهوب وحده:

كذلك لو وهب أحد هاتين الغرفتين وسلم إحداهما مشغولة فلا تصح الهبة في كليهما (الهندية).

ويلزم أن يكون الإذن بالقبض بعد التخلية والتسليم.

ولا اعتبار للإذن الذي يكون قبل التخلية. كما لا اعتبار للتسليم قبل التخلية. إلا أن الهبة تصح إذا وجد في الدار الموهوبة إنسان أجنبي حر ولا تعد مشغولة بقعوده لكن لو سلم الواهب الدار وهو موجود فيها أو أهله فلا يصح هذا التسليم (الهندية عن الخانية).

مستثنيات، تجوز هبة ثلاثة أنواع للمشغول.

أولاً ـ لو وهب الأب المشغول لطفله جازت «الدر المختار».

مثلاً لو وهب أحد داره المشغولة بأمتعته أو مزرعته المشغولة بزرعه أو تصدق بهما عليه وأشهد على ذلك كان ذلك صحيحاً أما لو وهب أحد و لده الكبير الساكن معه في منزل مملوك ذلك المنزل وهو مشغول بمتاعه فلا تصح الهبة بلا تخلية وتسليم «علي أفندي».

ثانياً ـ لو وهبت الزوجة دارها الساكنة فيها وزوجها والتي فيها أمتعتها لـزوجها جـازت «الدر المختار» لأن المرأة مع الدار والمتاع في يد الزوج فكانت الدار في يد الموهوب له معنى فصحت الهبة

«الطحطاوي».

حتى إنه لو توفي الزوج قبل التخلية والتسليم فللورثة إدخال تلك الدار في الميراث لأن الزوجة مع ما في يدها من الأمتعة في يد الزوج «الحموي، علي أفندي».

ثالثاً ـ لا يخل تمام الهبة انشغال الموهوب بملك غير المالك (مجمع الأنهر وعلي أفندي) مثلاً لو وهي أحد دكانه المملوكة وهب مشغولة باغلال شخص آخر وسلمها له مع الاغلال تكون الهبة صحيحة في الدكان (البهجة وعلي أفندي).

كذلك لو وهب المعير للمستعير الدار التي شغلت بأمتعته كانت الهبة صحيحة (أبو السعود) لو أعار داراً إنساناً ثم أن المستعير غصب متاعا ووضعه في الدار وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار لأنه تبين أن الشاغل ملك غير الواهب (الطحطاوي). كذا لو سلمت الدار وفيها المتاع الذي غصبه الواهب أو الموهوب له صحت الهبة لأن يد غيره قاصرة عنها فلم يظهر أنها مشغولة بمتاع الواهب «البحر» ومن صور ذلك ما لو وهب داراً بما فيها من المتاع أو وهبه جوالق بما فيها من المتاع وسلمها إلى الموهوب له ثم استحق المتاع فالهبة تامة في الدار والجوالق لأن يد الواهب كانت ثابتة على الدار والمتاع جميعاً حقيقة فصح تسلمه (الطحطاوي).

المسألة الخامسة عشرة ـ لو أقر أحد في المجلس الذي وهب فيه داره لحفيده بأنه وهب داره هذه لحفيده وسلمه اياها وانه لم يبق شيء في الدار واشهد علي ذلك ثم بعد ذلك توفي وادعى ورثته أن الدار كانت مشغولة بمتاع المورث حين الهبة والتسليم فلا تسمع دعواهم. لأن إقـرار ذلك الشخص هـذا صحيح أنظر المادة (١٥٨٧). (علي أفندي، وهامش البهجة).

المسألة السادسة عشرة ـ الحيلة في هبة المشغول هي أن يودع المال الشاغل للموهوب له ويسلم إليه أولاً ثم تسلـم الدار إليه. وفي هذا الحال تكون الهبة والتسليم صحيحين. (الحموي في أول كتاب الهبة)

المسألة السابعة عشرة - إذا وهب المشغول والشاغل على انفرادهما وفرق بينهما في التسليم ينظر إذا وهبت الدار أولاً وسلمت مشغولة فالهبة غير صحيحة أنظر المسألة (١٤) أما اذا وهب المتاع أولاً وسلم ثم وهبت الدار وسلمت صحت الهبة فيهما (الهندية عن الخانية).

المسألة الثامنة عشرة ـ ليست هبة المشغول فاسدة بل هي غير تامة وموقوفة كما هو مبين في البناية (علي أفندي، الحموي في أول الهبة).

المسألة التاسعة عشرة ـ قد اختلف فيما إذا كان قبض المال الموهوب هبة فاسدة يفيد الملك فالقول المفتى به إن الهبة الفاسدة تفيد الملك كما هو مبين في المسألة الثانية (الدرر، مجمع الأنهر، رد المحتار) ومع ذلك فتفترق الهبة الفاسدة عن الهبة الصحيحة في ثلاثة أحكام.

الحكم الأول ـ كما أن القرابة المذكورة في المادة «٨٦٦» وسائر موانع الـرجوع لا تمنـع في الهبة الفاسدة من الرجوع فلو توفي الواهب أيضـاً فللوارث الرجـوع فيها. لأن الهبـة الفاسـدة مضمونـة

والمضمونة بعد الهلاك مستحقة أيضاً للرد قبل الهلاك فلذلك للواهب الرجوع عن الهبة ويسترد الموهوب «أبو السعود المصري، الطحطاوي».

الحكم الثاني ـ إن المال المقبوض بالهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له، يعني لو هلك المال الموهوب في يد الموهوب له لزم الموهوب له الضمان مع أنه لا يلزم الضمان في الهبة الصحيحة كما يستفاد من المادة «٨٧١». قد ورد في رد المحتار نقلاً عن النهاية وعن خير الدين الرملي بلزوم الضمان بصورة مطلقة إلا أن الشرنبلالي في حاشيته الدرر قد قيد الضمان قائلاً لما كان قبض المال الموهوب هبة فاسدة واقعاً باذن الواهب فلا يلزم ضمان على الموهوب له فيما إذا تلف في يده بلا تعد ولا تقصير ويلزم الضمان على الموهوب له حالة حصول التلف بصنعه وفعله أو في حالة قبضه المال الموهوب بدون إذن الواهب صراحة انتهى.

تتفرع على مضمونية الهبة الفاسدة الفروع الآتية وهي: ـ

أولاً ـ لو سلم أحد آخر عشرة دنانير قائلاً له لك ثلاث منها وسلم الباقي لفلان وتلفت عشرة الدنانير بعد ذلك في يده ضمن ذلك الشخص ثلاثة الدنانير لأنه قبضها بهبة فاسدة أما البقية بما أنها أمانة فلا ضمان فيها.

ثانيها ـ لو سلم أحد آخر عشرة دنانير وقال له خمسة منها هبة لك والخمسة الباقية وديعة في يدك ثم بعد ذلك استهلك ذلك الشخص خمسة دنانير منها وتلفت الخمسة الباقية في يده لزم القابض ضمان سبعة دنانير ونصف دينار لأن الدنانير الخمسة المعطاة هبة مضمونة لفساد الهبة كما أن نصف الدنانير الخمسة التي استهلكها مضمون والنصف الآخر أمانة فلزم ضمان الدنانير السبعة ونصف الدينار (الخانية في الغصب).

الحكم الثالث ـ ليست التخلية في الهبة الفاسدة كما هو مذكور في شرح المادة (٨٣٨) قبضاً بالإتفاق.

المبحث الثاني

في حق الأشياء التي تدخل في الهبة بدون ذكر صريح وما لا تدخل

المسألة العشرون ـ يدخل في هبة الأرض بدون ذكر كل شيء يدخل في بيع الأرض من غير ذكر فعليه لو وهب أحد عرصة وسلمها يدخل ما عليها من أبنية وأشجار من غير ذكر. أما في هبة الأرض والصدقة بها فلا يدخل الزرع من غير ذكر كما لا يدخل في هبة الأشجار، الأثمار والأوراق المتقومة وفي هذه الحال تكون الهبة فاسدة لأنه يمنع التسليم. أنظر المسألة الرابعة عشرة (الهندية في الباب الحادي عشر).

المسألة الحادية والعشرين ـ لا تدخل في هبة البيت العلو والسلاليم المفرزة ولو قيل حين الهبة

مع مرافقها لأنها بمنزلة متاع موضوع في البيت والعلو لا يدخل في بيع البيت بذكر المرافق فلا يدخل في الهبة (الخانية في أوائل الهبة).

﴿المادة ٨٥٩﴾ - يشترط أن يكون الواهب عاقلاً بالغاً بناءً عليه لا تصح هبة الصغير والمجنون والمعتوه وأما الهبة لهؤلاء فصحيحة

كون الواهب والمتصدق عاقلاً بالغاً حكماً أو حقيقة يعني كونه أهلاً للتبرع شرط في صحة الهبة لأنه لما كان يشترط في التصرف المضر الأهلية الكاملة فلا يصح التصرف المذكور إذا لم توجد الأهلية الكاملة (الدر المنتقي، مجمع الأنهر) أنظر المادة (٩٦٧).

جميع تصرفات المجنون في حال الجنون باطلة سواء أكانت مضرة أو نافعة. وسواء أكان الجنون مطبقاً أو غير مطبق والعاقل حقيقة ظاهر والعاقل حكماً هو عبارة عن السكران بالخمر أو أحد المحرمات إذ يعد ذلك السكران حكماً عاقلاً ومكلفاً وتصح هبته (الطحطاوي).

بناءً عليه لا تصح هبة الصغير والمجنون والمعتوه ماله ولو بعوض ولو كان العوض أزيد من المال الموهوب أي باطلة. ولذلك لا تجوز الإجازة لو أجاز بعد البلوغ أو الإفاقة. لأن الإجازة تلحق بالعقود الموقوفة ولا تلحق بالعقود الباطلة أما إذا عقد الهبة مجدداً بعد البلوغ والإفاقة فصحّت الهبة (الدر المنتقي) ان تعريف المجنون مذكور في المادة (٩٤٤) وتعريف المعتوه في المادة (٩٤٥).

ويفهم من ذكر لفظ الصغير مطلقاً في هذه المادة سواء أكان الصغير مميزاً أم غير مميز وسواء أكان الصغير المميز مأذوناً أم غير مأذون وسواء أكان الصغير المأذون مأذوناً إذناً عاماً أم اذناً بهبة مال له معلوم ومعين فهو أعم يعني أن هبتهم كلهم باطلة.

وعليه لو باع الصبي المميز المأذون مالاً ووهب دراهمه كلها أو بعضها للمشتري سواء وهبه ذلك قبل القبض على ما جاء في المادة (٨٤٨) أم وهبه بعد القبض فلا تصح.

كذلك لو تصدق الصغير بماله باذن والده فلا تصح صدقته (الهندية) وفي هذه الحال للصبي حق استردادها كما أنه لا تحل الصدقة للفقير.

كذلك لو وهبت امرأة زوجها مهرها بداعي كونها بالغة وقالت بعد ذلك لم أكن بالغة وقت الهبة ينظر. فإذا كان هيئة تلك المرأة وقامتها كهيئة وقامة النساء أو وجدت فيها علامة البلوغ فلا يقبل قولها من أنها غير بالغة أما إذا لم تكن على هذه الصورة فالقول لها (الهندية) أنظر المادة (٩٨٩).

ويستفاد من ذكر الهبة مطلقة أن الهبة سواء كانت في مقابل عوض أو بلا عوض وإذا كانت بعوض سواء كانت قيمة العوض مساوية للمال الموهوب أو أزيد أو أقل فهي أعم يعني لا تكون الهبة صحيحة في الصور المذكورة كلها (الضمانات).

وعليه لو وهب الصغير ماله لأحد وسلمه اياه وأعطى ذلك الشخص الصبي عوضاً فكما تبطل الهبة

فلا يصح العوض أيضاً وللموهوب له رد المال الموهوب واسترداد العوض (الخانية) وعدم صحة هبة الصغير كما أشير إليه في الشرح تكون فيما إذا وهب الصغير ماله أما لو أحضر الصغير لأحد هدية وقال له أرسلني أبي بهذه الهدية لك فلذلك الشخص تناول تلك الهدية ما لم يقع في قلبه أن الصغير المذكور كاذب في قوله هذا (الهندية).

ليس لولي الصغير هبة مال الصغير بعوض أو بلا عوض أنظر المادة (٥٨).

وعليه لو وهب أبو الصغير أو وصيه أو القاضي مال الصغير بعوض أو بلا عوض لأحد فلا تصح هذه الهبة لأن في ذلك ضرراً دنيوياً (جواهر الفقه والدر المنتقى).

كذلك إذا تبين أن اللبن الرائب الذي أهداه أحد لآخر من صنع لبن بقرة ابنه الصغير فلا تجوز الهبة ولا يكون الأب المذكور قد ملك اللبن بصنعه اياه رائباً (الهندية).

كذلك لو وهب وصي الصغير ما لأبيه في ذمة شخص من الدين للمدين ذاته وأبرأه من عامة الدعاوي فلا يصح ذلك وللصغير عند بلوغه أخذ دينه من الشخص المذكور أما إذا كان الدين الذي وهبه ولي الصغير أو وصيه قد لزم بعقده فهذه الهبة والإبراء صحيحان عند الإمام الأعظم ومحمد رحمهما الله تعالى ويضمنه الوصي المذكور للصغير أما عند الإمام أبي يوسف فلا يكونان صحيحين (علي أفندي) والحكم في هبة المتولي وابرائه على المنوال المشروح أنظر شرح المادة (٦٨٥).

أما كون الموهوب له عاقلاً وبالغاً فليس بشرط بناءً عليه فالهبة للصغير والمجنون والمعتوه صحيحة وتتم الهبة بقبض ولي الصغير أو مربيه على ما هو محرر في المادة (٨٥٢) أو بقبض الصغير المميز كما هو مذكور في المادة (٨٥٣) أنظر المادة (٨٦٩) لأن كل تصرف للصغير يكون فيه نفع محض له أي نافع للصغير من كل وجه وليس فيه أي ضرر له فيصح فيه تصرف الصغير المميز بدون أن يكون موقوفاً على اذن وليه لأنه يكفي أهلية الصغير القاصرة في التصرفات التي فيها نفع محض للصغير (مجمع الأنهر والدر المنتقى).

والهبة للصغير كهذه وإن كانت صحيحة كما هو محرر آنفاً فليس للصغير أن يعطى عوضاً في مقابل هذه الهبة ولو كانت الهبة بشرط العوض حتى انه لو وهب شيء للصغير وأعطى ولي الصغير من مال الصغير شيئاً عوضاً للواهب ولو جزئياً لمنع رجوعه فلا يصح أي باطل وللواهب الرجوع عن الهبة (البزازية والأنقروي).

وعلى ولي الصغير أن يبيع المال الموهوب بقيمته لاسقاط حق رجوع الواهب عن الهبة.

وقوله لهؤلاء احتراز عن الحمل فلو كان الموهوب له حملاً يعني جنيناً في بطن امه كانت الهبة باطلة مثلاً لو وهب أحد للجنين الذي في بطن زوجه مالاً أو تصدق به عليه فلا تصح (البهجة) كذلك لو وهب أحد ماله الحي وميت معاً أو لإنسان وحائط معاً فتكون الهبة كلها للحي أو للإنسان (الهندية في الباب الثاني) أشار إلى أن الإيجاب إذا وقع لمن يملك ولمن لا يملك بوجه من الوجوه كان الإيجاب

بكامله لمن يملك (الهندية في الباب الثاني عشر).

(المادة ٨٦٠) - يلزم في الهبة رضاء الواهب فلا تصح الهبة التي وقعت بالجبر والإكراه).

يلزم رضا الواهب في نفاذ الهبة والهدية والصدقة والإبراء ويكون عدم رضا الواهب على صورتين.
الصورة الأولى - يكون بالجبر والإكراه بناءً عليه لا تصح الهبة التي وقعت بالجبر والإكراه بدون رضاء يعني لا تنفذ بالقسم الذي وقع الإكراه عليه وإنما تكون فاسدة أنظر المادة (١٠٠٦).

وعليه لو ضرب أحد زوجته وشتمها أو منعها من زيارة أبويها وأكرهها بذلك على هبة مهرها فلا تكون هذه الهبة صحيحة (الأنقروي).

كذلك لو وهب أحد مكرهاً فلا تصح الهبة ولو سلمه طائعاً في حضور المجبر لأن الإكراه على الهبة يستلزم الإكراه على تسليم الموهوب وقيل في حضور المجبر لأنه إذا لم يكن المجبر حاضراً وقت التسليم تكون الهبة صحيحة (رد المحتار في الإكراه).

فلذلك لو ادعى أحد بعد أن وهب شيئاً لآخر أن الهبة كانت باكراه وأثبت مدعاه فيسترد الموهوب إذا كان موجوداً (علي أفندي) وإذا كان الموهوب غائباً ولم يكن استرداده ممكناً أخذ بدله من المجبر (الضمانات) أنظر المادة (١٦٣٥).
كذلك لو تلف المال الموهوب في يد الموهوب له فللواهب حق التضمين.

ولو أكره الواهب على الهبة كما أكره الموهوب له على قبول الهبة وقبلها ينظر فإذا قال الموهوب له قد قبضتها لاعادتها إلى الواهب يصدق بيمينه وتكون في يد الموهوب له أمانة أما لو قال الموهوب له قد أخذتها ملكاً لي أو لاعطائها للمجبر فالمكره مخير إن شاء ضمن المجبر وإن شاء ضمن الموهوب له حسب المادة (٩١٠) أنظر المادة (٢) وشرحها كذلك إذا أخذ الموهوب له من غير إكراه فالواهب مخير في التضمين على الوجه المحرر. بما أن الهبة التي بالجبر والإكراه صحيحة ولكنها ليست نافذة بل فاسدة فيملك الموهوب له المال الموهوب بملك فاسد. وتتوقف الإجازة بعد زوال الإكراه. لأن عقد الهبة والتسليم يثبتان الملك. ولو كانا بالإكراه. لكن الإكراه يمنع النفاذ (مجمع الأنهر في الإكراه على البيع، والدر المنتقى في الإكراه).

وعليه فبما أن الهبة والتسليم الذين يقعان بالإكراه قابلان للإجازة فلو أجاز المكره بعد زوال الإكراه الهبة المذكورة كانت نافذ والإجازة أما أن تكون قولاً كاجزت أو رضيت أو فعلاً كتسلمه المال الموهوب في غير حضور المجبر طائعاً أو كقوله عوض الهبة وقبضه اياه طائعاً. حتى إن الواهب لو قبل العوض طائعاً بعد أن عقد الهبة مكرهاً يكون قد أجاز الهبة الواقعة بالإكراه (علي أفندي والضمانات).
ويستفاد من قول المجلة ليست الهبة صحيحة حكمان: -

الحكم الأول - ليست الهبة نافذة في القسم الذي وقع فيه الإكراه فقط. أما في القسم الذي لم يقع الإكراه فيه فنافذة. فلو أكره شخص على هبة حصة من مال غير قابل للقسمة لشخص فوهب المكره ذلك

المال لذلك الشخص ولشخص آخر معه فالهبة وإن كانت غير صحيحة في حق الشخص الأول فهي صحيحة في حق الثاني (الضمانات).

كذلك لو وهب الواهب غير الواهب غير المال الذي أجبر على هبته كانت الهبة نافذة. فعليه لو أكره المجبر شخصاً على هبة خمسين ريالاً فوهب المكره عشر ذهبات جازت ويكون الواهب في هبته طائعاً لتخالف الجنسين.

الحكم الثاني ـ لو أوقع المكره عقداً غير العقد الذي أكره عليه كان ذلك العقد نافذاً. بناءً عليه لو أكره المجبر على الهبة فتصدق المكره كان نافذاً كما أنه لو أجبر على الصدقة فوهب، نفذت الهبة (الضمانات).

الصورة الثانية ـ تكون بتلقين الواهب ألفاظاً تدل على الهبة بلغة يجهلها الواهب فلو لقن الموهوب له الواهب بأن يقول عبارة (وهبت منك مالي عليك من الألف فقالها) وكان الواهب يجهل اللغة العربية وغير واقف على معنى هذه الجملة فلا تكون بذلك وهب الدين وإن يكن أنه ليس في هذه المسألة إكراه إلا أنه ليس فيها رضاء (الأنقروي) أنظر الفائدة الأولى الآتي ذكرها.

فائدتان:

١ ـ قد قال بعض الفقهاء لا يصح العقد بلفظ غير معلوم للعاقد وبعضهم قال بصحة كل عقد به وبعضهم قال بصحة العقد إذا كان مما يستوي فيه الجد والهزل كالنكاح وبعدم صحة العقد الذي فيما لا يستو بأن فيه كالبيع (الدر المنتقى) شرح الملتقى في أول النكاح.

٢ ـ لو أعطى السائل أربعين بارة وهو يظن أنها عشر بارات فله الإسترداد عند بعض الفقهاء إذا قال عند الإعطاء أعطيت عشر بارات أما إذا قال أعطيت هذه فليس له ذلك أما البعض الآخر فقد قال بعدم الاسترداد على الحالين «الهندية في الباب الثاني عشر».

الباب الثاني
في بيان أحكام الهبة ويشتمل على فصلين
الفصل الأول
في حق الرجوع عن الهبة

يعني سيبين في هذا الفصل المسائل التي يجوز الرجوع فيها عن الهبة والتي لا يجوز.

ولفظ الهبة الذي في هذا العنوان بمعنى الموهوب. لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان ولا يكون في حق الالفاظ (أبو السعود) وقد تبين في شرح المادة (٨٣٣) أن الهبة تستعمل بمعنى الموهوب.

وبما أن الهدية تدخل في الهبة أيضاً فللمهدي الرجوع عن الهدية في المسائل التي للواهب الرجوع فيها عن الهبة (القهستاني).

وبما أن الرجوع عن الصدقة غير جائز فتعبير الهبة هنا للاحتراز عن الصدقة كما أن هبة المقصودة هنا هي الهبة للغني أما الهبة التي تكون للفقير فبما أنها صدقة فلا يمكن الرجوع عنها أيضاً.

والرجوع عن الهبة وإن كان صحيحاً كما سيذكر فيما سيأتي ففضلاً عن أنه دناءة فهو عند بعض العلماء مكروه كراهة تحريمية (التنوير، القهستاني).

وعند البعض الآخر مكروه كراهة تنزيهية والكراهة التنزيهية أخف من الكراهة التحريمية وهي من قبيل المباح أو قريبة منه (مجمع الأنهر، الدر المنتقى).

﴿المادة ٨٦١﴾ - يملك الموهوب له بالقبض الموهوب).

يملك الموهوب له بطريق الهبة الموهوب بعد الإيجاب وقبض الموهوب بالذات أو بواسطة نائبه ملكاً غير لازم (الهداية) فإذا كان الموهوب له واحداً ملكه مستقلاً وإذا كان متعدداً فيملكونه بالاشتراك وهذا الملك ليس متسحق السلامة. مثلاً لو قال أحد خطاباً لاثنين قد وهبتكما هذا المال وسلمهما اياه واتهبه الآخران وتسلماه كان الموهوب لهما مالكين له مناصفة. لكن يلزم وجود الشرائط الآتية في ثبوت الملك فيه.

١ - كون الموهوب محرزاً يعني كونه مفرزاً عن ملك الواهب وحقوقه ٢ - كون الموهوب غير مشغول بملك الواهب ٣ - ألا تكون الهبة بطريق المواضعة ٤ - كون القبض المذكور قبضاً كاملاً يعني يشترط ألا يكون الموهوب القابل القسمة مشاعاً وقت القبض كما ذكرت التفصيلات في شرح المادة (٨٥٨) وقريباً توضح المواضعة أيضاً.

والحاصل، يشترط في قبض الموهوب ثبوت ملك الموهب للموهوب له. وسيبين بعض المسائل المتفرعة عن ذلك فيما يلي: -

١ - الزوائد الحادثة بعد العقد وقبل للواهب والواقع أن الزوائد التي تحدث في البيع بعد البيع وقبل القبض للمشتري كما هو مصرح في المادة (٢٣٦) ويفترق البيع عن الهبة في هذا الخصوص (القاعدية).

٢ - للواهب الرجوع بنفسه قبل القبض أنظر المادة (٨٦٢).

٣ - للواهب أن ينهى الموهوب له عن القبض بعد الإيجاب وليس للموهوب له القبض بعد النهي أنظر المادة (٩٦).

٤ - إذا توفي أحد الطرفين قبل القبض كانت الهبة باطلة. أنظر المادة (٨٦٢).

٥ - تصرف الواهب في الموهوب قبل القبض صحيح وتصرف الموهوب له فيه غير صحيح. أنظر المادة (٩٦).

حتى لو وهب الواهب دراهم لرجل غائب وأرسلها مع رسول وقال الموهوب له للرسول تصدقت بهذا عليك فكما أنها لا تجوز فلو قال للرسول تصدق به على الفقراء من طرفي وتصدق بها فللواهب تضمين الرسول «الخانية في أوائل الهبة».

إيضاح القيود:

١ - قبضه بالذات أو قبض نائبه. فقبض الموهوب له ظاهر أما قبض النائب فيوضح على الوجه الآتي. فلو وهب أحد مالاً له لآخر فوهب الموهوب له ذلك المال قبل القبض في المجلس المذكور لآخر أو آجره منه وقبضه الشخص المذكور فهذا القبض يقوم مقام قبض الموهوب له الأول وتجوز الهبة. ولا يجوز البيع والهبة الثانية والإيجار (القاعدية).

٢ - يملك الموهوب له الموهوب بالهبة ولا يملكها بشيء آخر فعليه لو وهب المديون مالاً لدائنه وسلمه اياه ملك الدائن المال المذكور بالهبة ولا يكون قد ملكه في مقابل دينه «الهندية» وفي هذا الحال على المديون أن يؤدي الموهوب له دينه على حدة.

٣ - غير لازم: يملك الموهوب له الموهوب بالقبض فهذا الملك بما أنه لا يلزم فيما عدا الصور السبع فللواهب الرجوع عن هبته مع كراهة التحريم (مجمع الأنهر، الطحطاوي).

٤ - بالاشتراك لو وهب الواهب مالاً لابنه ولابنته دون تعيين حصة كل منهما بطريق الإجمال يملكانه عند أبي يوسف مناصفة. وليس الثلث والثلث كما في الإرث «الأنقروي».

٥ ـ ليس يستحق السلامة: بما أن عقد الهبة وعقد الصدقة عقدا تبرع فليسا بمستحقي السلامة «الدرر» فعليه لو تلف الموهوب بعد قبضه في يد الموهوب له وظهر مستحق بعد ذلك فيكون المستحق المذكور مخيراً إن شاء ضمن الواهب وفي هذا الحال ليس له الرجوع على الموهوب له. وإن شاء ضمن الموهوب له وإذا ضمن الموهوب له فليس له الرجوع على الواهب «الهداية والكنز، الهندية». أنظر المادة «٦٥٨» وشرحها.

إلا أنه إذا ضمن الواهب سلامة الموهوب للموهوب له وضمنه المستحق للموهوب له بسبب تلفه في يده فللموهوب له الرجوع على الواهب (عبد الحليم، العناية عن الذخيرة، والهندية في الباب الخامس).

ويشترط أن لا تكون الهبة بطريق المواضعة حتى يملك الموهوب له المال الموهوب فعليه إذا كانت الهبة بطريق المواضعة فيبقى المال الموهوب ملكاً للواهب فعليه لو وهب شخص داره بطريق المواضعة لزوجته وبعد أن سلمها اياها توفي فتصبح تلك الدار موروثة لجميع الورثة وليس للزوجة أن تستقل بها هذا فيها إذا غير مشروع فله بعد ذلك طلب وأخذ المبلغ المذكور (البهجة).

٧ ـ ولو أسقط حق رجوعه ـ حق الرجوع للواهب مطلق. يعني إذا لم يسقط الواهب أثناء الهبة حق رجوعه فكما أن له حق الرجوع فلو اسقطه وأبرأه فلا حكم لهذا الإسقاط ولا تأثير ويبقى حق الرجوع. لأنه لما كان هذا الحق غير قابل للإسقاط والإبراء فلا يكون من فروع المادة (١٥٦٢) (أنظر شرح المادة ٥١) أيضاً إلا أنهما إذا تصالحا عن حق الرجوع على مال كان صحيحاً ويكون ذلك المال عوضاً للهبة وسقط حق الرجوع (الأنقروي، جواهر الفتاوى، الدر المختار).

وإذا لم يرض الموهوب له برجوع الواهب وأنكر الهبة لدى مراجعة الحاكم يطلب الواهب باثبات الهبة أو بنكول الموهوب عن اليمين المكلف بها استرداد المال الموهوب. ويفهم من هاتين الفقرتين كما أن الرجوع عن الهبة صحيح بتراضي الطرفين يكون صحيحاً أيضاً بحكم القاضي فجاز الرجوع برضا الطرفين. لأن للطرفين ولاية على نفسيهما وجاز الرجوع بحكم الحاكم. لأن للحاكم ولاية عامة أي أن له ولاية على من كان في حكم قضائه من الناس.

أما الرجوع على هذا الوجه بدون رضا الطرفين وبدون حكم الحاكم فغير جائز لأن في حصول الشيء المقصود من الهبة وعدم حصوله خفاء إذ يجوز ويحتمل أن يكون قصد الواهب من الهبة الثواب والتحبب وفي هذه الحال يلزم أن يرجع الواهب إذ تكون الهبة قد أفادت مقصود الواهب وحصلت غايته منها كما أنه يحتمل أن يكون مقصود الواهب العوض وفي هذه الحال يجب أن يكون للواهب الرجوع بسبب انه لم يحصل من العقد مقصد الواهب فلذلك لزم الرضا والقضاء لتعيين وتخصيص هذين الاحتمالين (مجمع الأنهر والدرر).

وللحاكم فسخ (١) الهبة إن لم يكن ثمة مانع (٢) من موانع الرجوع التي ستذكر في المواد الآتية

حال عقد الهبة. يعني يجب عليه فسخه. أما إذا لم يرضى الموهوب له وقبل أن يحكم الحاكم بفسخها فلا يخرج ذلك المال من ملك الموهوب له وأما إذا وجد أحد موانع الرجوع فليس للحاكم فسخ الهبة.

إيضاح القيود: ـ

١ ـ موانع الرجوع، فإذا وجد أحد موانع الرجوع السبعة يحكم الحاكم ببطلان الرجوع يعني يحكم بعدم حق الرجوع للواهب. إلا إذا وجد مانع الرجوع في الهبة الفاسدة فيجوز الرجوع ويصح. لأن الهبة الفاسدة لما كانت مضمونة بعد الهلاك فمن الظاهر أن يكون للواهب حق الرجوع قبل الهلاك (الطحطاوي).

كما ذكر في المسألة التاسعة عشرة في شرح المادة (٨٥٨). وقد جمعت موانع الرجوع في (دمع خزقه) وستفصل في شرح المادة (٨٦٦).

لكن إذا زال المانع بعد هذا الحكم عاد حق الرجوع أيضاً. أنظر المادة (٢٤). ولا يزول مانع الرجوع في صور الزوجية، والقرابة، وهلاك العين، وموت العاقدين (الطحطاوي) أما في صور العوض عن الهبة والخروج عن الملك والزيادة المتصلة فيزول.

الزوال في العوض، إذا ضبط العوض المعطى على ما هو موضح في شرح المادة (٨٦٨) بالاستحقاق فللواهب الرجوع أيضاً.

الزوال في الزيادة المتصلة، يوضح على الوجه الآتي: ـ

مثلاً إذا حصل في العرصة الموهوبة زيادة متصلة بإنشاء بناء كما جاء في المادة (٨٦٩) وبعد أن حكم الحاكم لعدم وجود حق للرجوع فهدم الموهوب له البناء حتى رجعت العرصة إلى هيئتها الأصلية عاد للواهب حق الرجوع وهذا وإن كان منافياً لقاعدة الحق الساقط لا يعود إلا أنه لم يسقط حق الرجوع هنا ولم يحصل الرجوع لوجود مانع يمنع حق الرجوع. وهذا من باب زوال المانع كما إذا تزوجت المرأة وسقط حقها في الحضانة ثم إذا بانت عاد حقها فيها لزوال المانع (الطحطاوي).

والتفصيلات المذكورة ليست منافية لفقرة (بعكس الزوجية) المذكورة في شرح المادة (٨٦٨). لأن المانع المراد هنا هو مانع الرجوع الطارئ بعد الهبة ويعود حق الرجوع بزوال المانع الطارئ المذكور لكن لما كان مانع الرجوع في الفقرة المذكورة مانعاً مقارناً فلا يعود حق الرجوع بزواله (الدرر).

وصورة زوال المانع في الخروج عن الملك هي كما يأتي إذا وهب الموهوب له المال الموهوب لشخص آخر وسلمه اياه فليس للواهب الرجوع عن الهبة بعد ذلك أما إذا رجع الموهوب له عن الهبة واسترد الموهوب فللواهب حينئذ الرجوع عن هبته.

والامتناع عن الرجوع يقدر بمقدار المانع. فعليه لو وهب أحد فرساً له لأخيه ولرجل آخر أجنبي فليس له الرجوع عن حصة أخيه. أما حصة الأجنبي فله الرجوع عنها. كذلك لو أعطى أحد مالاً له

لزيد وعمرو على أن يكون هبة لزيد وصدقة لعمرو فله الرجوع عن الهبة وليس له الرجوع عن الصدقة (الواقعات). أنظر المادة (٨٧٤). وكذا إذا أعطى الموهوب له عوضاً في مقابل نصف المال الموهوب وقبله الواهب أيضاً فليس له الرجوع عن النصف المذكور بناءً على المادة (٦٦٨) وأما النصف الثاني فله الرجوع عنه (أبو السعود المصري).

٢ ـ له الفسخ يدل هذا التعبير على أن الموهوب يبقى في ملك الموهوب له قبل فسخ الهبة ولحوق الحكم.

وعليه لو طلب الواهب الموهوب مبيناً أنه قد رجع عن الهبة وامتنع الموهوب له عن إعادته وتلف في أثناء ذلك أو استهلكه بأن وهبه لاخر وسلمه اياه أو باعه منه كان جائزاً ولا يلزم الموهوب له ضمان لأن ملك الموهوب له لا زال باقياً (العناية).

حتى لو كانت التصرفات المذكورة في أثناء المحاكمة والمرافعة (البزازية وإصلاح الإيضاح). كذلك لو استرد الواهب المال الموهوب بعد القبض من الموهوب له بلا رضاء ولا قضاء كما هو محرر في المادة الآتية كان غاصباً.

أما بعد الحكم بفسخه فيخرج المال الموهوب من ملك الموهوب له ويبقى أمانة في يده وعليه لو تلف المال الموهوب في يد الموهوب بعد حكم الحاكم فلا يضمن لأنه لما كان القبض ابتداء غير مضمون فلا ينقلب باستمراره مضموناً (الزيلعي).

أما إذا طلب الواهب الموهوب بعد حكم الحاكم بالرجوع وتلف في يده بعد أن امتنع عن إعادته **فيكون ضامناً أنظر المادة (٨٩٤) (الهداية، الدرر) أنظر ما لو منعه بعد الرجوع بالرضا والظاهر أن الحكم واحد (الطحطاوي).**

قد استعمل في هذا تعبير الفسخ، لأن الرجوع بالقضاء يعني فسخ الحاكم عقد الهبة بناءً على دعوى الواهب الرجوع فسخ في المستقبل وليس بهبة مبتدأة يعني لا يكون الموهوب له بالفسخ المذكور قد وهب المال الموهوب للواهب. فلهذا لا يشترط فيه قبض الواهب والموهوب يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك لا يضمن (الطحطاوي).

أما الرجوع بالرضا فهو على بعض الروايات فسخ وعلى البعض الآخر عقد جديد مبتدأ (الدرر). والمسائل الآتية تدل على كون الرجوع بالرضا فسخاً أيضاً.

اولاً ـ لو وهب مالاً قابلاً للقسمة وسلمه ثم رجع عن نصف الحصة الشائعة كان الرجوع صحيحاً والحال أنه لو كان هبة جديدة ولو لم يكن فسخاً لما صح.

ثانياً ـ لا تتوقف صحة الرجوع عن الهبة على القبض لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في

عول ملك قديم. فلو كانت الهبة مبتدأة لتوقف على القبض.

ثالثاً -إذا رجع الموهوب له بعد أن وهب المال الموهوب وسلمه اياه عن الهبة واسترده فللواهب أيضاً الرجوع عن هبته أيضاً. ولو كان رجوع الموهوب له الأول هبة جديدة لما كان للواهب حق الرجوع أنظر المادة (٩٨) «الهندية في الباب الخامس».

المراد بقوله في المستقبل هو فسخ يبتدئ اعتباراً من حكم القاضي بفسخ الهبة إلى ما بعد ذلك من الزمن وليس فسخاً للهبة من وقت الهبة إلى ما بعد ذلك من الزمن (عبد الحليم ورد المحتار) وبعبارة أخرى أن الموهوب يبقى في ملك الموهوب له من زمن هبة الواهب وتسليمه إلى أن يحكم الحاكم ويخرج الموهوب من ملكه اعتباراً من وقت الفسخ.

والحاصل - أن هذا الفسخ ليس فسخاً لما سبق بل هو فسخ للآتي.

وتتفرع المسائل الآتية عن كونه ليس فسخاً لما سبق:

٢ - وإن عاد المال الموهوب لملك الواهب بالفسخ المذكور إلا أنه لا يعود إليه بالملك القديم فعليه تبقى الزوائد المنفصلة الحاصلة من الموهوب قبل الفسخ وبعد الهبة والقبض ملكاً للموهوب له ولا يرجع ذلك إلى ملك الواهب كاصل الموهوب مثلاً لو وهب أحد فرساً لآخر وبعد أن ولدت عند الموهوب له رجع الواهب عن هبته فالمهر يبقى للموهوب له (أنظر المادة ٨٦٩).

٢ - لو بيع عقار مجاور لدار وهبت وسلمت وبعد ذلك رجع الواهب عن هبته فليس له أخذ ذلك العقار بالشفعة (رد المحتار، وعبد الحليم) ولو عاد إليه ملكه فيما مضى وجعل كأن الدار لم تزل عن ملكه كان له الأخذ بالشفعة (الهندية في الباب الخامس).

والرجوع المذكور فسخ للآتي ويتفرع عن كونها ليست هبة مبتدأة المسائل الآتية (أبو السعود المصري).

١ - لا يلزم قبض الواهب لتمام هذا الفسخ والواقع أنه لو كانت هبة مبتدأة لا تتم بدون القبض.

٢ - لو وهب الواهب مالاً له قابلاً القسمة كاملاً وسلمه وبعد ذلك رجع عن جزء شائع منه فهذا الرجوع صحيح لأنه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها وقد كان هبة الجزء الشائع من المال القابل القسمة غير جائز (رد المحتار).

٣ - للواهب أن يرد المبيع بالعيب إلى بائعه بعد رجوعه على هذا الوجه عن هبته سواء كان الرجوع بالرضاء أم القضاء (رد المحتار).

هذا إذا كان الواهب غير مطلع على عيبه قبل الهبة والحال لو كان ذلك هبة مبتدأة لكان ليس له الرد لأنه حسب حكم المادة (٩٨) ان تبدل سبب الملك يقوم مقام تبدل الملك (الدرر).

بخلاف الرد بالعيب أي لو اشترى شيئاً ثم باعه ثم رد المشتري الثاني على الأول بعيب قديم فإن رده لقضاء كان فسخاً فيثبت حق الرد للمشتري الأول على بائعه وإن كان برضاه لا لأنه بمنزلة البيع الجديد (الطحطاوي) والفرق يطلب من الطحطاوي قبيل فصل في مسائل متفرقة من الهبة.

٤ ـ لو وهب أحد مالاً لآخر وسلمه اياه ووهبه هذا لآخر وسلمه اياه وبعد ذلك لو رجع الأخير عن هبته وأخذ المال ممن وهبه إليه فلواهبه أيضاً أن يرجع عن الهبة ويسترد ماله منه سواء أكان رجوع الأول رضاء أو قضاء. والحال أنه لو كان رجوع ذلك الشخص عن هبته غير فسخ وكان هبة مبتدأة فليس لذلك الشخص الرجوع عن الهبة. (أنظر المادتين (٩٨) و (٨٧)) «الهندية والعناية».

وإنما أعتبر الرجوع عن الهبة بالرضا هبة جديدة في بعض الروايات في المسألة الآتية الذكر وهي إذ اتهب شخص في حال صحته مالاً وقبضه من الواهب وبأثناء مرضه مرض الموت رد الموهوب للواهب رضاء بسبب رجوع الواهب عن الهبة فيعد هذا الرد من المريض بمنزلة الهبة الجديدة حتى لو كان الموهوب له غير مدين فيعتبر رده هذا في ثلث ماله فقط (أنظر المادة ٨٧٩) أما إذا كان دين المريض مستغرقاً لمال فيكون الرجوع المذكور باطلاً ويعاد المال الموهوب إلى تركة الموهوب له (الهندية).

أما إذا لم يكن الرجوع المذكور بالرضا بل كان بالقضاء فلا حق للدائنين أو الورثة في المداخلة بعد وفاة الموهوب له. (الهندية، البزازية).

وكون الرجوع الذي يقع برضا الموهوب له في مرض موته بمنزلة هبة مبتدأة هو على بعض الروايات كما ذكرنا آنفاً أما على الروايات الأخرى فيعد فسخاً من كل وجه ويعتبر في جميع مال الموهوب له (رد المحتار والهندية في الباب العاشر). وستذكر هذه المسألة مرة أخرى في شرح المادة (٨٨٠).

﴿المادة ٨٦٥﴾ ـ (لو استرد الواهب الموهوب بعد القبض من نفسه بدون رضا الموهوب له أو بدون حكم الحاكم وقضائه كان غاصباً وفي هذه الصورة لو تلف أو ضاع في يده كان ضامناً).

ليس الرجوع عن الهبة صحيحاً بدون الرضاء أو القضاء. فعليه لو قبض الموهوب له المال الموهوب باذن الواهب صراحة أو دلالة فليس للواهب بعد ذلك استرداد الموهوب من نفسه من الموهوب له بدون رضاه أو بدون حكم الحاكم وقضائه فإذا فعل كان غاصباً لأنه ليس للواهب أن ينفرد في الرجوع بدون الرضا والقضاء كما هو مذكور في المادة السابقة. وفي هذه الصورة للموهوب له أن يسترد الهبة من الواهب عيناً. إلا أن للواهب بعد ذلك أن يراجع الحاكم على ما جاء في المادة الآنفة ويفسخ ويسترد الموهوب.

وفي هذه الصورة لو استهلك الواهب الموهوب يكون ضامناً كما أنه يضمن للموهوب له بدله أي قيمته إذا كان من القيميات ومثله إذا كان من المثليات إذا تلف أو ضاع وهو في يده. أنظر المادة (٨٩١). وفي هذه الصورة ليس للواهب الرجوع عن هبته. أنظر المادة (٨٧١).

إذا استهلك الواهب الهبة الذي أخذها اختلاساً من الموهوب له كان ضامناً كما أنه لو أودع الموهوب له الهبة بعد القبض للواهب فندم الواهب على هبته واستهلاك المال الموهوب بدون رضاء الموهوب له أو بدون قضاء الحاكم كان ضامناً أيضاً (الأنقروي وعلي أفندي).

ولو وهب له شيئاً وقبضه فاختلسه الواهب واستهلكه غرم قيمته للموهوب له ولو كان شاة فذبحها الواهب بعد قبض الموهوب له يأخذ الشاة المذبوحة من غير تغريم بخلاف ما لو كان ثوباً فقطعه الواهب فان الموهوب له يأخذ الثوب ويغرم الواهب له ما بين القطع والصحة (الطحطاوي).

سؤال ـ في بعض الكتب الفقهية للأب الرجوع حكماً عن الهبة لولده الصغير مع مخالفة ذلك للمروءة إذ يفهم صحة الرجوع بدون الرضاء والقضاء لعدم إمكان حصول الرضا من الصغير.

جواب ـ ليس معنى هذا أن للأب الرجوع عن الهبة الواقعة منه لولده الصغير. لأن هذا المعنى مخالف لحكم المادة (٨٦٦) وإنما للأب في حال احتياجه أن يأخذ مال ولده الصغير الذي من جنس النفقة لصرفه على نفقة نفسه. حتى لو كان ذلك المال مالاً قد وهب للصغير (أبو السعود المصري) (أنظر شرح المادة ٧٩٩).

﴿المادة ٨٦٦﴾ إذا وهب شخص شيئاً لأصوله وفروعه أو لأخيه أو لاخته أو لأولادهما أو لأخ واخت أبيه وامه فليس له الرجوع بعد الهبة.

قرابة النسب يعني ذي الرحم أي المحرمية بالنسب الوارد ذكرها في كتاب النكاح مانعة عن الرجوع في الهبة الصحيحة حتى لو اختلفا ديناً ودارا يعني من وهب شيئاً لأصوله كابيه أو لأبي أبيه وكذا لأبي هذا وامه أو لامه وام أبيه ولأبي أمه وفروعه يعني لابنه أو ابنته أو لأولادهما أو لأولاد أولادهما أو لأخيه أو لأخته أو لأولادهما يعني لابن أخيه أو ابن اخته أو لأخ واخت أبيه وامه أي لأعمامه وعماته ولأخواله وخالاته هبة صحيحة فليس له الرجوع بعد ذلك.

ولو كان القابل لهذه الهبة وكيلاً أجنبياً لهم. لأن العقد والملك قد وقعا في هذه الهبة لأخيه (الهندية في الباب الرابع). وعدم الرجوع هذا يثبت على وجهين:

الوجه الأول، السنة، فقد قال الرسول الأكرم ﷺ: إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها.

الوجه الثاني، الدليل العقلي. وهو أن المقصود من الهبة المذكورة صلة الرحم وبما أن هذا المقصد يحصل بالهبة المذكورة ولما كان كل عقد يفيد المقصود لازم فالهبة المذكورة لازمة أيضاً إذ أن الرجوع عن الهبة التي تحصل بها صلة الرحم قطع للرحم فالرجوع غير جائز (الزيلعي، الدرر).

كما أنه لو كان أحد من الواهب والموهوب له مسلماً والآخر نصرانياً أو كان أحدهما من رعايا دولة والآخر من رعايا دولة أخرى أي كان بينهما اختلاف في الدين أوالدار فليس للواهب حق الرجوع كما أشرنا إلى ذلك شرحاً وكما يفهم ذلك من ذكر المادة على وجه الإطلاق (الزيلعي وأبو السعود المصري).

كذلك لو وهب أحد لوكيل أخيه المعين للاتهاب شيئاً وسلمه اياه فليس له الرجوع لأن الملك والعقد واقعان لأخيه (القنية) أنظر المادة (١٤٦٠).

أما الهبة لغير هؤلاء أي الهبة لذي رحم غير محرم فليست مانعة من الرجوع وذوو الرحم غير المحرم كابن العم وبنت العم وابن العمة، وبنت العمة، وابن الخال، وبنت الخال، وابن الخالة، وبنت الخالة. فعليه لو وهب أحد لابن عمه شيئاً فله الرجوع عن هبته والحكم على المنوال المذكور في أولاد العمة. كذلك لو وهب أحد لابن خاله شيئاً فكما أن له الرجوع فالحكم في الهبة لأولاد الخالة على هذا المنوال أيضاً لأنه وإن كان بين هؤلاء قرابة لكنها لا تستلزم تحريم النكاح بينهم (الهداية)

كذا إذا وهب شيئاً لأي رحم محرم بغير النسب فليس بمانع للرجوع. فلو وهب أحد مالاً لابن عمه نسباً وأخيه رضاعاً فله الرجوع عن هبته لأنه وإن كان ذلك الشخص ذا رحم لكونه ابن عمه ومحرماً لكونه أخاه رضاعاً إلا أن ذلك التحريم ليس من جهة النسب بل كان بسبب آخر غير النسب وهو الرضاع.

وكذا قرابة المحرمية بالسبب ليست مانعة للرجوع كالقرابة رضاعاً أو كالقرابة مصاهرة كامهات النساء والربائب وزواج البنين والبنات (الهندية في الباب الرابع).

فلو وهب أحد شيئاً لامه أو لأبيه في الرضاع أو لحماته أو لابن زوجه أو ابن زوجته أو لزوج ابنته أو زوجة ابنه فله الرجوع.

كذلك لو وهب أحد كل أشيائه لربيبه وسلمه اياها فله الرجوع (منقاري زاده).

والمقصود من الهبة في هذا المبحث الهبة الصحيحة. لأن القرابة المحرمية بالرحم وسائر موانع الرجوع ليست مانعة للرجوع عن الهبة الفاسدة. لأن الهبة الفاسدة كما هو مذكور في شرح المادة (٨٥٨).

لما كانت مضمونة بعد الهلاك فله حق الرجوع والاسترداد قبل الهلاك (الطحطاوي وأبو السعود).

مثلاً لو وهب أحد حصة شائعة من ماله القابل القسمة لولده وسلمها له شائعة فله الرجوع عن هذه الهبة (الأنقروي).

ملخص موانع الرجوع:

قد جمع الفقهاء موانع الرجوع السبعة عن الهبة في حروف (دمع خزقه). فالدال إشارة إلى الزيادة وستذكر في المادة (٨٦٩). والميم، إشارة إلى موت أحد من الواهب والموهوب له ستذكر في المادة (٨٧٢) والعين إشارة إلى العوض وستذكر في المادة (٨٦٨). والخاء، إشارة إلى خروج المال الموهوب من يد الموهوب له وهو مسطور في المادة (٨٧٠). والزاى، إشارة إلى الزوجية وهي مسطورة في المادة

(٨٦٧). والقاف، إشارة إلى القرابة وقد ذكرت في هذه المادة والهاء إشارة إلى الهلاك وستذكر في المادة (٨٧١). وهذه الموانع السبعة مجموعة في الأبيات الآتية التي من البحر الكامل.

منع الرجوع من المواهب سبعة فزيادة موصولة موت العوض
وخروجها عن ملك موهوب له زوجية قرب هلاك قد عرض

﴿المادة ٨٦٧﴾ لو وهب كل من الزوج والزوجة لآخر شيئاً حال كون الزوجية قائمة بينهما فبعد التسليم ليس له الرجوع.

حتى لو وقعت الفرقة بينهما أو كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة فليس له الرجوع لأن الزوجية نظيرة القرابة كما أنه يجري التوارث بينهما بلا حاجب. ولا تجوز شهادة كل منهما للآخر وعليه المقصود في هبة كل منهما للآخر الصلة والتواد كما في هبة الأقارب وليس العوض. وإذا حصل الغرض المقصود من الهبة على الوجه المحرر فلا رجوع فيها (الزيلعي).

وعلى ما يفهم من تعبير (حال كون الزوجية قائمة) إن الزوجية المانعة من الرجوع عن الهبة هي الزوجية الموجودة وقت الهبة أما الزوجية وقت الرجوع فليست مانعة عن الرجوع (الملتقى).

فعليه لو وهب أحد امرأة أجنبية شيئاً ثم بعد ذلك تزوج منها فله الرجوع عن هبته. إذا لم يكن مانعَ آخر. لأن مقصود الواهب في هذه الصورة العوض بناء عليه حق الرجوع ثابت ولا يسقط هذا الحق بالتزوج (الزيلعي).

كما أنه لو أرسل أحد بعض الأمتعة لزوجته الغير المدخول بها هدية وأرسلت الزوجة له هدايا عوضاً عن هداياه لها سواء أصرحت عند الإرسال بكونها عوضاً أم لا تصرح ثم زفا لبعضهما وحصل افتراق بينهما وادعى الزوج أن ما أرسله للزوجة كان عارية وليس هبة وحلف اليمين على ذلك فللزوجة أيضاً استرداد ما أرسلته له لأنه إذا لم يكن ما أرسله الزوج هبة فلا عوض عليه.

وإذا استهلكه أحد من الزوج والزوجة كان ضامناً لأن استهلاك العارية موجب للضمان (الدر المختار).

كذلك لو وهب أحد مالاً لزوجته التي طلقها طلاقاً بائناً فله بعد ذلك الرجوع إذا لم يكن مانع آخر وبالعكس لو وهبها والزوجية قائمة وافترقا بعد ذلك يعني لو طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً فليس له الرجوع عن هبته. وإن كانت حليلة وكان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالإبانة (الطحطاوي).

أما الوصية فالحكم على خلاف ذلك يعني أن المعتبر فيها وقت الوفاة وليس وقت الوصية ومع أنه يعتبر في الهبة وقت الهبة ففي الوصية يعتبر وقت الموت ولا يعتبر فيها وقت الإيصاء وعليه لو طلق أحد

زوجته طلاقاً بائناً بعد أن أوصى لها وصية وتوفي بعد ذلك مصراً على إيصائه تصح الوصية كما أنه لو تزوج أحد من أجنبية بعد ان كان أوصى لها وتوفي بعد ذلك فلا تصح الوصية (جواهر الفقه).

قيل في هذه المادة أحد من الزوج والزوجة لأنه لو وهب أحد من أقرباء الزوج أو الزوجة لأقرباء الآخر شيئاً فيجوز الرجوع عن هذه الهبة. فعليه لو وهب قريب البنت شيئاً لأبي الولد وسلمه اياه ثم افترق الزوج والزوجة فللواهب الرجوع عن الهبة (القاعدية) ما لم يكن مانع للرجوع.

﴿المادة ٨٦٨﴾ إذا أعطي للهبة عوض وقبضه الواهب فهو مانع للرجوع فعليه لو أعطي للواهب من جانب الموهوب له أو من آخر شيء على كونه عوضاً عن هبته وقبضه فليس له الرجوع عن هبته بعد ذلك.

إذا أعطي مال غير المال الموهوب هبة أو هدية أو صدقة للواهب على كونه مقابلاً لكل الموهوب وقبض الواهب العوض المذكور فإن ذلك مانع للرجوع في الهبة والعوض معاً سواء أكان ذلك العوض مشروطاً أثناء الهبة أم لم يكن يعني كأن يعطي بعد الهبة والقبض بلا شرط وقد قال بعض الفقهاء ان هذا العوض الثاني لا يسقط حق الرجوع إلا أن فروع المذهب تقول باسقاط العوض حق الرجوع على الإطلاق (الطحطاوي).

فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة ولا يخالفها إلا في إسقاط حق الرجوع فأما فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة (الهندية باختصار) ما لم يبق العوض سالماً للموهوب له. لأن الرسول الأكرم ﷺ قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها (الزيلعي) كما أن ثبوت الرجوع في الهبة مبني على وقوع الخلل في مقصود الواهب على ما هو موضح في شرح المادة (٨٦٤) ولما كان الخلل يزول باعطاء العوض فلا يكون حق الرجوع أيضاً كما هو الحال في رد المشتري للمبيع بالعيب القديم إذ أنه ليس للمشتري رد المبيع بعيبه القديم فيما إذا زال ذلك العيب (الزيلعي).

إيضاح القيود:

١ ـ كل الهبة قد زيدت في الشرح لفظة (كل) لأنه لو أعطي عوض في مقابل نصف الموهوب وإن كان ليس للواهب الرجوع عن هبته في هذا النصف إلا أن له الرجوع في النصف الآخر. لأن الامتناع عن الرجوع يقدر بقدر المانع كما هو موضح في شرح المادة (٨٦٤) (الهداية والعناية) فالتعويض الذي يمنع الرجوع بما أنه في نصفه فقط فامتناع الرجوع ينحصر في نصفه أيضاً وعليه لما كان بالرجوع على هذا الوجه يولد الشيوع في الموهوب إلا أن ذلك طارئ فلا يخل بصحة الهبة أنظر المادة (٥٥).

٢ ـ مال غير الموهوب وستأتي إيضاحات ذلك قريباً.

٣ ـ إذا أعطي عوض في مقابلة الهبة صدقة أو عمرى فيسقط باعطائهما حق الرجوع عن الهبة كما يسقط باعطاء العوض لأنه لما كان يحصل بذلك العوض الذي هو مقصود الواهب فلا يبقى اعتبار لاختلاف اللفظ (الولوالجية).

٤ ـ عوض، يستفاد من ذكر هذا اللفظ مطلقاً سواء أكان العوض المذكور من جنس المال الموهوب كأن يكون المال الموهوب شعيراً والعوض شعيراً أيضاً. لأنها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا (العناية). لأن العوض ليس ببدل حقيقة إذ لو كان كذلك لما جاز بالأقل للربا يحقق ذلك أن الموهوب له مالك للهبة والإنسان لا يعطي بدل ملكه لغيره وإنما يعطى عوضه ليسقط حقه في الرجوع (الطحطاوي).

أو كان من جنس آخر كأن يكون الموهوب شعيراً والعوض حنطة أو يكون الموهوب حنطة والعوض دقيقاً من تلك الحنطة (الدر المنتقى) ويشترط فيه شرائط الهبة كقبضه وإفرازه عن مال المعوض فإن عوضه ثمراً على شجرة لا يتم حتى يفرزه وعدم شيوع ولو كان العوض مجاناً ويسيراً (الطحطاوي).

ويلزم ثلاثة شروط ليكون هذا العوض مانعاً للرجوع:

الشرط الأول، يجب أن يعطى الموهوب له العوض بلفظ يعلم به الواهب أنه أعطى عوضاً عن هبته كقول الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو ثواباً لهبتك وما ماثل ذلك من الألفاظ (منلا مسكين والزيلعي) لأن المسقط لحق الرجوع هو العوض وهذا إنما يتم برضا الواهب (الزيلعي) ويلزم في الرضا العلم وقد أشارت المجلة إلى ذلك في مثالها الآتي الذكر بقولها على أن يكون عوضاً.

فعليه لو وهب أحد شيئاً لآخر وبعد أن قبضه الآخر وهب الموهوب له أيضاً للواهب شيئاً ولم يقل كلاماً كقوله هو عوض لهبتك فبما أنها تكون هبة مبتدأة فللإثنين حق في الرجوع (الهداية والهندية في الباب السابع). وفي الجوهرة ما يفيد أنه يكفي العلم بأنه عوض عن هبته (الطحطاوي).

الشرط الثاني: يلزم أن يكون العوض غير الموهوب يعني أنه يقتضي أن يكون المال المعطى في مقابل الهبة عوضاً غير المال الموهوب وعليه إذا وجد في العوض المذكور جزء من المال الموهوب تفسخ الهبة في الجزء المذكور وبذلك لا يكون عوضاً حقيقة فلا يكون العوض المذكور مانعاً للرجوع (الدر المنتقي والأنقروي) لأنه لما كان للواهب حق الرجوع في كل الموهوب ووصول بعض الموهوب إلى يد الواهب باسم العوض لا يسقط حقه في الرجوع بباقي الموهوب أما عند الإمام زفر فيصح أن يكون بعض الموهوب عوضاً (الزيلعي).

كذا لو أعطيت غرفة من الدار الموهوبة عوضاً فلا تكون مانعة في الرجوع. كذلك لو وهب أحد حصاناً وفرساً في عقد واحد معاً وسلمه اياهما ثم بعد ذلك أعطى الموهوب له الحصان عوضاً للفرس فلا يكون ذلك مانعاً للرجوع وله استرداد الفرس أيضاً.

فعليه لو شرط إعطاء جزء معين أو غير معين من الموهوب كان الشرط المذكور لغواً ولا يمنع الشرط المذكور من الرجوع (عبد الحليم) ويستثنى من هذا الشرط مسألتان:

١ ـ لو تغير الموهوب على وجه يمنع الرجوع عن الهبة فيه فجعل بعيضه عوضاً صحيح كأن يهب الواهب عشر كيلات حنطة ويسلمها ويطحن منها الموهوب له كيلة واحدة ويجعلها دقيقاً ثم يعطيها

للواهب عوضاً صح ذلك وسقط حق رجوع الواهب كذلك لو وهب أحد ثوبين وسلمهما وأعطى الواهب أحدهما بعد أن صبغه أو خاطه كان صحيحاً (رد المحتار والخانية في فصل في العوض والهندية).

٢ ـ إذا كان عقد الهبة متعدداً يجوز أن يكون الموهوب في عقد عوضاً للموهوب في عقد آخر. لأن اختلاف العقد كاختلاف العين (عبد الحليم، رد المحتار) فلو وهب أحد حصاناً بعقد وفرساً بآخر لأحد وسلمه اياهما فأعطى الموهوب له الفرس عوضاً للحصان أو الحصان عوضاً للفرس كان صحيحاً.

كذلك لو أخذ أحد مالاً من آخر هبة وأخذ من ذلك الرجل نفسه مالاً آخر صدقة وأعطى المال الذي أخذه صدقة عوضاً للمال الذي أخذه هبة كان صحيحاً (الهندية في الباب السابع) كذلك لو وهبت فرساً فولدت وهي في يد الموهوب له وأعطى الموهوب له المهر للواهب عوضاً عن الموهوب كان صحيحاً لأنه ليس للواهب حق الرجوع في الولد فصح العوض (التنوير وشرحه للعلائي).

الشرط الثالث: للواهب سلامة العوض. فعليه لو ضبط العوض من يد الواهب بالإستحقاق فبما أنه لا يكون عوضاً فللواهب الرجوع عن كل هبته فيما إذا كان الموهوب موجوداً بعينه ولم يحصل فيه زيـادة ولم يحدث فيه حال آخر مانع للرجوع (الهندية في الباب السابع).

أما إذا ضبط بعض العوض بالاستحقاق وكان العوض المذكور غير مشروط أثناء العقد وأعاد الواهب القسم الباقي من العوض فله الرجوع عن كل هبته. هذا إذا لم يحدث حال مانع للرجوع عن الهبة. لأن إسقاط الواهب حق رجوعه ناشئ عن بقاء كل العوض له فإذا لم يبق كل العوض سالماً فيثبت له حق استرداد الموهوب برده باقي العوض (العناية). وليس للواهب الرجوع عن الهبة إذا لم يعد للموهوب له باقي العوض لأن باقي العوض هو صالح لأن يكون عوضاً ابتداء ولما كان البقاء أسهل من الابتداء فالبقاء أيضاً صالح لأن يكون عوضاً (الدرر والكنز والعناية).

وإذا ضبط بعض العوض بالاستحقاق وحدث مانع للرجوع كتلف الموهوب أو حصول زيادة فيه ولم يكن قد شرط العوض أثناء العقد فليس ثمة حق يضمن. لأنه إذا تلف الموهوب كان ذلك مانعاً للرجوع حسب المادة (٨٧١) لاستحالة الرجوع وشرط التعويض أو عدمه في ذلك سيان كما أن حصول الزيادة هو مانع للرجوع كالتلف بمقتضى المادة (٨٦٩) (الطحطاوي).

كذلك لو وهب الواهب مالاً وسلمه وبعد أن أعطى الموهوب له أيضاً عوضاً وتلف الموهوب في يد الموهوب له أو حصلت فيه زيادة ضبط العوض بالاستحقاق فليس للواهب تضمين بدل المال الموهوب حتى لو كان الموهوب له قد أتلف الموهوب (عبد الحليم، رد المحتار، أبو السعود المصري) أما إذا كان العوض مشروطاً في أثناء عقد الهبة فيوجد حق في التضمين. وسيوضح في الآتي:

إن سلامة الموهوب المعوض شرط في التعويض أيضاً. فعليه لو ضبط كل الموهوب بالإستحقاق بعد أن أعطى عـوضاً لـه فكما أن للموهوب لـه الرجـوع بكل العـوض فلو ضبط نصف الموهـوب بالإستحقاق فللموهوب له الرجوع بنصف العوض أيضاً. لأنه لم يبق للموهوب له مال سالم في مقابل

نصف عوضه (العناية والهندية) وفي هذه الحالة ليس للموهوب له إعادة باقي المال الموهوب واسترداد كل العوض (الهندية).

كذلك لو ضبط الموهوب بالاستحقاق وتلف العوض أو حصلت فيه زيادة وحدث فيه مانع للرجوع فلا يلزم الواهب ضمان على رواية الإمام أبي يوسف والإمام الأعظم وعلى هذا القول لا فرق بين العوض واصل الموهوب. وفي الهندية ولو استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع في نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة سواء زاد العوض أو نقص في السعر أو زاد في البدن أو نقص فيه كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان انتهى.

وإذا كان العوض مشروطاً أثناء العقد يعني لو وهب أحد ماله بشرط أن يعطى عوضاً معلوماً وسلمه وبعد أن قبض العوض المذكور ضبط كل العوض بالاستحقاق فكما أن للواهب استرداد الموهوب الموجود عيناً فلو تلف أو أتلفه الموهوب له فللواهب أن يضمنه بدله.

كذلك لو ضبط نصف العوض بالاستحقاق فللواهب أيضاً أن يسترد نصف الموهوب. لأن العوض إذا كان مشروطاً أصبح عقد الهبة عقد مبادلة فلذا يوزع البدل على المبدل ويقسم (رد المحتار، أبو السعود المصري، العناية، جواهر الفقه).

إذا ضبط الموهوب المشروط فيه العوض بالاستحقاق بعد التقابض فللموهوب له استرداد العوض عيناً إذا كان موجوداً وأن يضمن إذا تلف أو أتلف (الهندية).

وقد حصر عبد الحليم والهندية مسألة الاستحقاق الآنفة البيان بالمال الغير قابل القسمة وذكرا أن ضبط بعض الموهوب أو العوض القابلي القسمة بالاستحقاق يوجب بطلان الهبة فيرجع عن كل الموهوب والعوض. وقول الطحطاوي (هذا إذا استحق نصفاً معيناً أما إذا لم يكن معيناً فتبطل الهبة أصلاً) مبني على ذلك.

وبما أن هذا البيان هو حسبما فصل في شرح المادة (٨٥٨) باعتباران الشيوع العارض بالاستحقاق هو شيوع مقارن ولما كان الشيوع المذكور حسب رأي المجلة شيوعاً طارئاً فلذلك البيان المذكور غير مقبول هنا ولا تختلف الأحكام المبنية في شرح هذه المادة سواء أكان الموهوب أو العوض قابلاً للقسمة أم لم يكن (أبو السعود).

الاختلاف في اشتراط العوض:

إذا اختلف الواهب والموهوب له فقال الواهب قد شرط العوض وقال الموهوب له لم يشرط فالقول للموهوب له (أنظر المادة ٧٦) ويحلف الموهوب له ههنا على دعوى الواهب بالله أن الواهب لم يشرط الواهب العوض.

وفي هذه الحال للموهوب له الرجوع عن هبته إذا كان الموهوب موجوداً أما إذا تلف فليس له الرجوع حسبما جاء في المادة (٨٧١).

كذلك إذا أراد الواهب الرجوع فقال له الموهوب أعطيتك عوضاً وأنكر الواهب ذلك فالقول للواهب (رد المحتار).

أما إذا اجتمعت البينة على الهبة بشرط العوض والبينة على الهبة مجاناً رجحت بينة الهبة بشرط العوض (عبد الرحيم).

كذلك إذا اتفق الطرفان على أنها هبة بشرط العوض لكنهما اختلفا في مقدار العوض وكان الموهوب موجوداً والعوض غير مقبوض فالواهب مخير إن شاء صدق الموهوب لـه وقبض المقدار الـذي ادعاه الموهوب له وإن شاء رجع عن الهبة واسترد الموهوب. وإذا تلف الموهوب ضمن قيمته (الهندية في الباب التاسع رد المحتار).

بناءً عليه لو أُعطي الواهب شيء على أنه عوض عن كل هبته وقبضه سواء أكان هذا الإعطاء طرف الموهوب له أو من جانب شخص آخر أي أجنبي باذن وأمر الموهوب له أو بلا اذنه فليس للواهب بعد ذلك الرجوع عن أي مقدار من هبته.

يعني إن إعطاء العوض من أحد غير الواهب صحيح وهذا يسقط حق رجوع الواهب أيضاً. لأن العوض لما كان سالماً للواهب فلا يبقى للواهب حق الرجوع وعليه فكما أنه ليس للواهب بعد التعويض المذكور الرجوع عن هبته فليس للأجنبي المذكور أيضاً الرجوع عن عوضه يعني ليس له استرداد العوض الذي أعطاه من الواهب. لأن الأجنبي المذكور قد كان متبرعاً من طرف الموهوب له لاسقاط حق الرجوع (الدرر، نوح أفندي). كذلك ليس للأجنبي المذكور أن يرجع على الموهوب له بطلب بدله سواء أعطى العوض باذن الموهوب له وأمره أو بلا اذنه وأمره (البحر، والدرر). وعدم الرجوع على تقدير أن الأجنبي أعطاه بلا أمر ظاهر وإذا أعطاه بأمره فليس له الرجوع لأن الأصل والقاعدة في الرجوع هو:

إذا كان أحد مطالباً بحبس شيء وملازمته كالدين ونفقة الزوجة والأولاد فلو أمر ذلك الشخص، الشخص الآخر بإداء ذلك الشيء بلا شرط الضمان كان حق رجوع ذلك الشخص مثبتاً أيضاً وإلا فلا. ما لم يشترط الآمر الضمان على نفسه. وقد خرج بذلك الأمر بالتكفير عنه وإداء النذر فإنه وإن كان يطالب بهما لكن لا بالحبس والملازمة وتتفرع هاتان المسألتان الآتيتان عن هذه المسألة (الطحطاوي).

١ ـ المديون إذا أمر المدين شخصاً بإداء دينه فأداه فله الرجوع على المدين بما أداه ولو لم يشترط الضمان (أنظر المادة ١٥٥٦). «أبو السعود في الرهن والكفالة والخانية».

٢ ـ لو أمر أحد بأن ينفق على أهله وعياله وأنفق الآخر عليهم فله الرجوع على آمره (انظر المـادة ١٥٠٨).

وعليه وبما أن الموهوب له غير مطالب بالحبس والملازمة بالتعويض المذكور فامره بالتعويض ليس موجباً للرجوع. وإنما يصرف الأمر المذكور إلى التبرع وهذا لا يوجب الرجوع ضماناً. إلا إذا شرط الضمان (العناية) فلو أمر الموهوب له الأجنبي بقوله اعط العوض على أن أكون ضامناً واعطى

الاجنبي العوض بناء على ذلك فله الرجوع بالعوض على الموهوب له (الانقروي).

وستعطى الإيضاحات في هذا الشأن في كتاب الوكالة. ويستثنى بعض المسائل من هذه القاعدة فلو قال أحد لآخر ابن داري أو عمرها وعمل المأمور ذلك فله الرجوع على آمره لأن العرف جار بالرجوع في ذلك (الطحطاوي).

﴿المادة ٨٦٩﴾ إذا حصل في الموهوب زيادة متصلة كأن كان أرضاً وأحدث الموهوب له عليها بناءً أو غرس فيها شجراً أو كان حيواناً ضعيفاً فسمن عند الموهوب له أو غير على وجه تبدل به اسمه كأن كان حنطة فطحنت وجعلت دقيقاً لا يصح الرجوع عن الهبة حينئذ وأما الزيادة المنفصلة فلا تكون مانعة للرجوع فلو حملت الفرس التي وهبها أحد لغيره فليس له الرجوع عن الهبة لكن له الرجوع بعد الولادة وبهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له.

حصول الزيادة المتصلة الموجبة لازدياد قيمة عين الموهوب مانع للرجوع (العناية) لأن الرجوع إنما يصح في الموهوب وبما أن الزيادة ليست موهوبة فلا يجوز الرجوع فيها كما أنه يمتنع الرجوع فيها أصلاً لتعذر فصل الأصل عن الزيادة حتى يمكن الرجوع في الأصل وعدم الرجوع في الزيادة (أنظر المادة ٤٦) أما إذا لم تكن تلك الزيادة موجبة لتزايد القيمة أو كان تزايد القيمة لمجرد ترقي الأسعار فلا تكون مانعة للرجوع.

سؤال، إن منع الرجوع في الأصل وفي الزيادة معاً مستلزم لبطلان حق الواهب والرجوع فيهما مستلزم لبطلان حق الموهوب له أيضاً. فما السبب في ترجيح الأول؟

جواب، إن حق الواهب عبارة عن حق تملك في الأصل فقط أما حق الموهوب له فهو ملك حقيقة في الأصل والزيادة معاً، بناءً عليه تكون مراعاة الملك حقيقة عند تعذر الفصل أولى. وليس في الإمكان إيجاب الضمان على الموهوب له لأنه لا يجوز أخذ العوض في مقابل حق التملك ولذلك لزم بطلان حق الواهب (الزيلعي).

مسائل عديدة متفرعة عن هذا:

أولاً، إذا حصل في الموهوب زيادة متصلة كأن كان أرضاً وأحدث الموهوب له عليها كلها بناءً أو غرس فيها شجراً بصورة توجب زيادة قيمتها أو أخرج الماء منها بإنشاء ساقية أو كان الموهوب ثياباً وخاطها أو كان حيواناً ضعيفاً فسمن عند الموهوب له أو كان كاغداً وكتب عليه أو كان الحيوان صغيراً وكبر في يد الموهوب له أو كان ثوباً وصبغه بأحد الألوان أي حصلت في الموهوب زيادة متصلة في العين توجب زيادة القيمة سواء كانت تلك الزيادة حاصلة بفعل الموهوب له أو بغير فعله وسواء كانت تلك الزيادة متولدة أو غير متولدة أو كان الموهوب حنطة فطحنت وجعلت دقيقاً أو كان دقيقاً فجعل خبزاً أو

كان لبناً فصنع جبناً أو سمناً أو كان بيضة فصارت فرخاً لا يصح الرجوع عن الهبة حينئذ والتغيير الأخير لم يكن في الحقيقة من قبيل الزيادة في الموهوب بل من قبيل هلاك الموهوب حكماً فعليه لو ذكرت فقرة كأن كان حنطة وطحنت في المادة (٨٧١) لكان أنسب كما أنه يفهم من ذكر المادة (٨٩٩) مقابلاً للمادة (٨٩٨) ان ذلك لم يكن من قبيل الزيادة.

قيل في المجلة (واحدث بناء... ألخ) فالمقصود هو ذلك البناء والغرس والزيادة المتصلة التي توجب الزيادة في قيمة الأرض. وعليه إذا كانت الأرض كبيرة وأحدث البناء والغرس في قطعة منها وأوجب ذلك الزيادة في قيمة تلك القطعة ولم يكن مستلزماً الزيادة في قيمة غيرها فيجوز الرجوع عن هبة تلك القطعة (الهداية، الطحطاوي).

مثلاً لو أحدث أحد كوخاً في الأرض الموهوبة أو أشجاراً غير ذات أهمية وكان ذلك لا يوجب ازدياد قيمة الأرض فلا يسقط حق الرجوع في أي قسم منها. كذلك لو بنى في مكان غير مناسب تنوراً من طين لخبز الخبز ولم يوجب الزيادة في قيمة الأرض فليس بمانع عن الرجوع في الهبة (الطحطاوي والزيلعي).

ويعرف كونه موجباً لزيادة البناء أو الغرس على الوجه الآتي:

تقوم الأرض مرة واحدة خالية من البناء والغرس وتقوم أخرى على أن فيها البناء والغرس. فإذا كان تفاوت بين القيمتين يعني إذا كانت قيمتها أزيد في حال وجود البناء مثلاً يفهم أن البناء موجب للزيادة وإذا لم يكن ثمة تفاوت بينهما يتبين أنها ليست مستلزمة للزيادة.

ثانياً ـ لو جعل الحمام الموهوب له داراً فإذا كان البناء باقياً على حاله فليس مانعاً للرجوع أما إذا حصلت زيادة كفتح باب وتطيين فهي مانعة للرجوع (الهندية).

ثالثاً ـ وإذا نقل المال الموهوب من مكان لآخر وأوجب النقل المذكور الزيادة في قيمة الموهوب ومست الحاجة إلى مؤونة للنقل فذلك مانع للرجوع عند الإمام الأعظم والإمام محمد لأنه لو جاز الرجوع في ذلك لكان مؤدياً إلى ابطال حق الموهوب له في الكراء ومؤونة النقل (الأنقروي، الشرنبلالي رد المحتار، الطحطاوي). أما عند الإمام أبي يوسف فليس مانعاً للرجوع لأن الزيادة لما كانت حاصلة في العين فهي كالزيادة في السعر (الزيلعي).

رابعاً ـ لو مسح المرآة التي اتهبها من الغبار أو كسر الحطب الذي اتهبه فلا يكون ذلك مانعاً للرجوع (القنية، والحموي).

خامساً ـ إن الزيادة التي لا توجب الزيادة في قيمة الموهوب بل توجب النقصان ليست مانعة للرجوع لأن الزيادة التي لا توجب الزيادة في القيمة هي صورية وهي في الحقيقة نقصان (الفتح) لو ظهر للحيوان الذي اتهبه أحد وقبضه سن شاخصة أي خارجة عن اسنانه فوق المعتاد فلا تعد مانعة للرجوع لأن ذلك ليس بزيادة حقيقية بل من العيوب التي تبعث على النقصان. كذلك الطول الفاحش الموجب نقصان القيمة ليس زيادة مانعة للرجوع أيضاً. كذلك لو فصل الموهوب له القماش الموهوب ثوباً ولم يخطه فذلك ليس مانعاً للرجوع (الطحطاوي، أبو السعود).

إذا لم تكن الزيادة في عين الموهوب بل كان الزيادة في القيمة حاصلة من ترقي الأسعار فهي غير مانعة للرجوع .

فعليه لو وهب أحد مالاً لآخر قيمته خمسون قرشاً وسلمه أياه بعد ذلك ترقت الأسعار فصعدت قيمته إلى مائة قرش فلا يكون ذلك مانعاً للرجوع (الكنز، أبو السعود) وفرق بين هذه المسألة وبين الزيادة الحاصلة بنقل الموهوب من مكان إلى آخر التي بيّنا أنها مانعة للرجوع بأن الزيادة في هذه المسألة ليست من فعل الموهوب له وصنعه أما الزيادة الحاصلة في صورة النقل فهي من فعل الموهوب له وعمله .

الاختلاف في حصول الزيادة .

لو ادعى الموهوب له أن الحيوان الموهوب قد كان ضعيفاً فسمن عنده وقد حصل مانع للرجوع وأنكر الواهب فالقول للواهب لأن الواهب ينكر لزوم العقد (أنظر المادة ٧٦) . والحكم على هذا المنوال في كل زيادة متصلة لكن القول للموهوب له في البناء والخياطة والصبغ يعني في الأشياء التي كالصبغ (رد المحتار، مجمع الأنهر، البزازية الهندية) .

مثلاً لو كان الموهوب أرضاً وكان فيها بناءً وشجر فادعى الموهوب له أن الواهب قد وهبه الأرض صحراء وسلمها إليه كذلك وقد أحدث البناء والشجر الذي فيها وادعى الواهب أن البناء والشجر الذي فيها كان موجوداً عند هبته الأرض وتسليمها واختلفا على هذه الصورة فالقول للموهوب له . وإذا كان الموهوب ثوباً مخيطاً أو مصبوغاً أو سيفاً محلى فالحكم على الوجه المشروح (الهندية) .

إلا أنه تستثنى الأشياء التي لا يمكن بناؤها وإنشاؤها في المدة التي وجدت فيها في يد الموهوب له من تاريخ المال الموهوب للموهوب له (البحر) . لأن كذب الموهوب له في هذا متيقن . لأن احداث بناء كهذا في هذه المدة محال عادة (الطحطاوي) .

سادساً ـ وحصول الزيادة المالية وإن كان مانعاً للرجوع ، فالنقصان ليس مانعاً للرجوع .
والنقصان المذكور سواء أكان حاصلاً بفعل الموهوب له أم حاصلاً بسبب آخر ولا يضمن الموهوب له هذا النقصان (الأنقروي، والهندية) . مثلاً لو ذبح الموهوب له الشاة الموهوبة فللواهب الرجوع عن هبته واستردادها أما بعد الطبخ فليس له استردادها (الهندية) كذلك لو بل الموهوب له الكعك الموهوب بالماء فقط لا يكون مانعاً للرجوع كما لو بل الحنطة الموهوبة بالماء أيضاً لا يكون ذلك مانعاً للرجوع .

سابعاً، إذا كان الموهوب كرباساً أي قماش الكتان الخام وقصره الموهوب له فليس للواهب الرجوع لأن في هذا الحال قد حدث زيادة متصلة وصفة متقومة . أما لو غسله فليس بمانع للرجوع .

ثامناً، إذا سن السكين الموهوبة أو كان الموهوب سيفاً فجعله سكيناً أو كان سكيناً فجعله سيفاً فليس له الرجوع .

تاسعاً، لو كان الموهوب شجرة وصرف عليها وقطعها الموهوب له بإذن الواهب فللواهب الرجوع .

عاشراً، إذا كان الموهوب خشباً وعمل الموهوب له منه خزانة أو باباً فليس للواهب الرجوع.

الحادي عشر، إذا كان الموهوب تراباً أو كلساً فعمل الموهوب له منه طيناً للبناء فليس للواهب الرجوع (الهندية في الباب الخامس والخانية في فصل الرجوع).

الثاني عشر، لو كان الموهوب حيواناً وحمل وهو في يد الموهوب له فلا يرجع عن الهبة كما هو مبين في السراج وقال الزيلعي يرجع.

الثالث عشر، إذا كان الموهوب حيواناً حاملاً وأراد الواهب الرجوع قبل وضع الحمل فالرجوع قبل مرور مدة يزيد فيها الحمل صحيح أما الرجوع بعد مرور المدة التي يعلم فيها زيادة الحمل فغير جائز (الهندية في الباب الخامس، الدر المختار).

أما الزيادة المنفصلة فليست بمانعة للرجوع لأنه يمكن الرجوع في الأصل مع ترك الزيادة في يد الموهوب له (الكفاية).

وهذه الزيادة سواء أكانت متولدة من أصل الموهوب كالولد واللبن، والثمر أو كانت غير متولدة كبدل إيجار الموهوب (الهندية في الباب الخامس).

إن الزيادة المنفصلة مع أنها مانعة للرد بالعيب فهي ليست مانعة للرجوع عن الهبة. أما الزيادة بعكس الزيادة المتصلة فهي مانعة للرجوع عن الهبة وليست مانعة للرد بالعيب.

وأجيب بأن الرد في المنفصلة أما أن يرد على الأصل والزيادة جميعاً أو على الأصل وحده لا سبيل إلى الأول لأن الزيادة أما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والأول لا يصح لأن العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لأن الولد بعد الإنفصال لا يتبع الأم لا محالة وإلى الثاني لأنه تبقى الزيادة في يد المشتري مجاناً وهو رباً بخلاف الرجوع في الهبة فإن الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجاناً لم تفض إلى الربا وأما في المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت في ملكه فكان فيه إسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فإن الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة (العناية) فعليه لو حملت الفرس التي وهبها أحد لآخر وهي في يد الموهوب له فليس للواهب الرجوع عن الهبة لأن الحمل زيادة متصلة. وهذا التفريع متفرع عن الفقرة الأولى من هذه المادة.

أما بعد أن تلد تلك الفرس فيما أن مانع الرجوع قد زال فله الرجوع بناء على المادة (٢٤) وهل يمتنع الرجوع إلى أن يستغني الفلو عن الرضاعة؟ وقد ذكر في الخانية إذا ولد الموهوب فللواهب الرجوع بالأم في الحال. أما عند الإمام أبي يوسف فلا يمكن الرجوع عن هبة الأم إلى أن يستغني الفلو عن اللبن ويمكن الرجوع بعد ذلك ولا يمكن الرجوع بالفلو انتهى. وفي الطحطاوي مسئلة أيضاً في هذا الخصوص ويفهم من ذكر المجلة حق الرجوع في هذه الفقرة مطلقاً أنه يمكن الرجوع بالفرس قبل الإستغناء أيضاً.

وفي هذه الصورة يبقى الفلو للموهوب له يعني يعود حق الرجوع بزوال مانع الرجوع وزوال مانع الرجوع سواء قبل المرافعة والحكم أو بعد المرافعة والحكم.

أمثلة على الزوال قبل الحكم:

المثال الأول : إذا حملت الفرس التي وهبها أحد لآخر في يد الموهوب له وسلمها له ثم بعد ذلك ولدت فيمكن الرجوع .

كذلك لو وهب أحد فرساً حاملاً لآخر وسلمه اياها فوضعت تلك الفرس في يد الموهوب له فله الرجوع عن الهبة أيضاً وفي هاتين الصورتين يبقى الفلو للموهوب له (ابن نجيم).

المثال الثاني: إذا انهدم البناء الذي بناه الموهوب له في العرصة الموهوبة ورجعت العرصة إلى حالها الأصلي عاد للواهب حق الرجوع (الأنقروي) .

مستثنى : لو اتهب رضيعاً واسن في يده فليس له الرجوع ولو نزلت قيمته عن قيمته وقت الهبة لأنه قد كبر وقتئذ وزادت قيمته فسقط حق الرجوع ولا يعود حق الرجوع بحصول النقصان بعدئذ (الزيلعي) .

أمثلة على زوال مانع الرجوع بعد الحكم :

المثال الأول: إذا طلب الواهب الرجوع عن هبة الفرس الحامل قبل أن تلد وحكم الحاكم ببطلان الرجوع ثم ولدت الفرس فيعود للواهب حق الرجوع .

المثال الثاني: إذا كان الموهوب أرضاً وراجع الواهب الحاكم وادعى فسخ الهبة بعد أن حصلت زيادة فيها كالبناء والغرس ولم يحكم الحاكم بفسخ الهبة بناء على وجود الزيادة المتصلة إلا أنه بعد ذلك هدم الموهوب له البناء وأرجع الأرض إلى حالها الأصلي يعود للواهب حق الرجوع أنظر المادة (٢٤) مع كونه لو حكم القاضي بسقوط الخيار بسبب وجود المانع عند الرد وزوال بعد ذلك مانع الرد فلا يعود الخيار أنظر المادة (٥١) مثلاً لو اشترى أحد دابة على أن يكون مخيراً عشرة أيام وبعد ثلاثة أيام مرضت الدابة وراجع المشتري الحاكم طالباً فسخ البيع من جهة الخيار وحكم الحاكم ببطلان حق الفسخ لحدوث العيب في المبيع ووجوده وهو في يد المشتري ثم في اليوم الثامن أي في مدة الخيار برىء الحيوان من المرض فليس للمشتري أن يدعى أن له حق الرد بداعي أن الحيوان برىء في مدة الخيار وعليه فالفرق بين الهبة والبيع في هذا الباب هو كما يلي:

لا يسقط ولا يبطل حق الرجوع في الهبة بالإسقاط والإبطال. كما ذكر في شرح المادة (٨٦٤) . فعليه قد امتنع الرجوع بسبب الزيادة وإذا زال المانع عاد حق الرجوع أيضاً. أما في البيع فيسقط بالإسقاط خيار شرط وحق فسخ المشتري كما أنه يسقط ذلك باسقاط ذلك الحاكم لهما (الكفاية شرح الهداية).

﴿المادة ٨٧٠﴾ إذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه من ملكه بالهبة والتسليم لا يبقى للواهب صلاحية الرجوع

خروج الموهوب من ملك الموهوب له مانع للرجوع . أي إذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه من ملكه بهبته لآخر وتسليمه اياه أو بوقفه على جهة بر وتسليمه للمتولي وتسجيله التسجيل الشرعي فلا يبقى للواهب صلاحية الرجوع حتى ولو عاد بعد ذلك إلى ملكه مرة أخرى. يعني إذا عاد الموهوب إلى

ملك الموهوب له بعد أن خرج من ملكه ينظر فإذا عاد الموهوب إلى ملك الموهوب له بسبب آخر فليس له الرجوع. وبما أن بعض الكتب الفقهية قد ذكرت بدلاً من هذه المادة عبارة (خرج من ملكه. .) فقد أدخلت بتعبير (الخروج) انتقال الموهوب بوفاة الموهوب له إلى وارثه (الهندية).

مسائل متفرعة عن هذا:

أولاً، ليس للواهب الأول طلب ذلك المال من الواهب الثاني ولو دخل في ملكه بسبب آخر، لأن تبدل بسبب الملك في شيء قائم مقام تبدل ذلك الشيء انظر المادة (٩٨).

وليس له طلبه من الموهوب له الثاني أيضاً. لأن إخراج الموهوب له المال الموهوب من ملكه وتمليكه لآخر قد كان بتسليط الواهب فرجوعه بعد ذلك يتضمن نقض الشيء الذي تم من طرفه أنظر المادة (١٠٠) (الزيلعي).

ثانياً، لو أخرج الموهوب له نصف المال الموهوب فقط من ملكه سواء أكان نصفاً شائعاً أم كان نصفاً مقسوماً فليس للواهب الرجوع بهذا النصف وله الرجوع بالنصف الآخر (الفتح).

لأنه يلزم أن يقدر الامتناع عن الرجوع بقدر المانع ومانع الرجوع في هذا النصف فقط (الزيلعي) كما أن للواهب الرجوع بنصف الموهوب في حال عدم إخراج أي مقدار منه من ملك الموهوب له. لأن لذلك الشخص حق الرجوع في الكل فكما أن له أن يستوفي كل حقه فله استيفاء بعض حقه ويترك البعض الآخر. كما أن له حق بترك كل حقه فله حق بترك بعضه أيضاً (العيني) أنظر شرح المادة (٨٦٢).

ثالثاً، لو وهب الواهب مبلغاً لأحد وسلمه أياه وبعد ذلك استقرضه منه أو أقرضه الموهوب له لغيره فيما أن الموهوب قد استهلك فليس من رجــوع.

رابعاً، لو باع الموهوب له المال الموهوب من شخص آخر ثم اشتراه منه بعد التسليم فليس للواهب الرجوع هن هبته.

خامساً، لو وهب الموهوب له المال الموهوب لشخص آخر وسلمه اياه وبعد ذلك لو عاد المـال المذكور بإرث أو وصية للموهوب له أي الواهب الثاني فليس للواهب حق الرجوع.

سادساً، لو وهب الموهوب له المال الموهوب لشخص وسلمه اياه وبعد ذلك باع الشخص المذكور ذلك المال من الموهوب له أو وهبه اياه وسلمه إليه أو كان الموهوب له فقيراً وتصدق عليه به وسلمه لـه فليس للواهب الـرجـوع أيضـاً (الهنـديـة البهجـة، الـدرر، عــزمي زاده، الأنقـروي).

سابعاً، إذا باع الموهوب له المال الموهوب لآخر ورده المشتري بخيار العيب فليس للواهب الرجوع (الهندية).

أما إذا لم تعد عين الموهوب إلى ملك الموهوب له بسبب آخر وعادت بسبب الفسخ فيعود حق رجوع الواهب الأول أيضاً. فلو وهب الموهوب له المال الموهوب لآخر وسلمه اياه ورجع بعد

ذلك عن هبته سواء أرجع بالرضاء أم بالقضاء وحكم الحاكم فللواهب الأول الرجوع أيضاً أنظر المادة (٢٤) (الأنقروي، وعزمي زاده). لأن هذا الرجوع فسخ كما هو موضح في شرح المادة (٨٦٤) وليس عقداً جديداً.

﴿المادة ٨٧١﴾ إذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له لا يبقى للرجوع محل

هلاك الموهوب مانع للرجوع. يعني إذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له أي استهلاكاً حقيقياً أوحكمياً فلا محل للرجوع في المستهلك. أما إذا وجد قسم غير مستهلك فيمكن الرجوع به يعني ليس للواهب تضمين الموهوب له بدل الموهوب المستهلك. سواء استهلكه الموهوب له أم استهلكه غيره أم تلف بنفسه (الهندية) لأنه كما يتعذر رد المال الموهوب بعد الهلاك لا يلزم أيضاً تضمين بدله لكونه غير مضمون (الزيلعي).

والهلاك أولاً، يكون حقيقياً. وهذا يحصل بتلف عين الموهوب كأكل وذبح الشاة.

ثانياً، يكون حكمياً ويكون ذلك بتلف عامة منافع الموهوب مع بقائه ووجوده كجعل السيف الموهوب سكيناً وطحن الحنطة الموهوبة دقيقاً أو قطع الأشجار النابتة في الأرض الموهوبة وجعلها حطباً أو عمل التراب الموهوب أو الرمل طيناً أو خلط خمسة ريالات موهوبة بأخرى مثلها أنظر المادة (٨٦٩) (القهستاني، رد المحتار، الدر المنتقى) ويفهم من التقرير المشروح أن هذه المادة لا يستغني عنها بالمادة الآنفة.

اختلاف الواهب والموهوب له: وعلى ذلك لو ادعى الموهوب له بتلف الموهوب عند إرادة الواهب الرجوع عن الهبة فالقول بلا يمين للموهوب له أنظر المادة (١٧٧٣) لأن الموهوب له منكر لوجوب الرد عليه. فأصبح مشابهاً للمستودع (أبو السعود المصري) وعدم لزوم اليمين ناشىء عن كون الموهوب له يخبر عن تلف ماله.

أما إذا ادعى الواهب أن هذا المال هو المال الموهوب فله يحلف الموهوب له على أن المال الموهوب هو ليس المال المذكور (ابن نجيم).

كذلك إذا أقام الواهب دعوى الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له أنه أخو الواهب وأنه لا يجوز الرجوع عن الهبة حسب المادة (٨٦٦) فللواهب له عند الإنكار تحليف الواهب على أنه ليس أخاً له والحال أنه لا تتوجه اليمين في دعوى النسب عند الإمام إلا أنه لم يكن مقصوداً هنا النسب بل المقصود المال الذي هو مسبب النسب والحقيقة أن المقصود الأصلي في ذلك هو المال وليس النسب (الطحطاوي).

كذلك إذا أراد الواهب الرجوع عن هبته وادعى الموهوب له إعطاءه العوض فالقول للواهب (الهندية).

كذلك إذا أراد الواهب الرجوع وقال الموهوب له اعطيتني آياه صدقة وكذبه الواهب فالقول للواهب. لأن الواهب مملك فتعرف جهة التمليك منه (الطحطاوي).

يفهم من ذكر لفظ الموهوب مطلقاً أنه لا يرجع عن الموهوب التالف فيما إذا تلف كله كما أنه لا

يرجع عن بعضه إذا تلف البعض أما القسم الذي لم يتلف فيرجع فيه مثلاً لو كان الموهوب داراً فهدمت الدار فللواهب الرجوع عن هبته في العرصة (الأنقروي).

﴿المادة ٨٧٢﴾ - وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع فعليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة إذا توفي الموهوب له كذلك ليس للورثة استرداد الموهوب إذا توفي الواهب

ووفاة كل من الواهب والموهوب له بعد التسليم مانعة من الرجوع فعليه إذا توفي الموهوب له فليس للواهب الرجوع عن الهبة واسترداد الموهوب من ورثته كذلك إذا توفي الواهب فليس لورثته الرجوع عن الهبة واسترداد الموهوب أي أن وفاة الواهب مانعة من الرجوع في الهبة أي يبطل بوفاة الواهب خيار فسخه لأنه لما كان الخيار المذكور عبارة عن الوصف فلا يورث كخيار الرؤية والشرط. كما أنه قد شرع الشارع الرجوع عن الهبة للواهب ولما كان وارثه ليس بواهب. كانت وفاة الموهوب له مانعة للرجوع لأنه بوفاة الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته ولا ينتقل إليهم من الواهب ولما كان ليس للواهب الرجوع عن الهبة في حالة انتقال ملكية الموهوب لآخر في حياة الموهب له فكذلك ليس له ذلك في حالة انتقال الملك إلى الورثة بوفاة الموهوب له ولأن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل العين فيصير الموهوب عيناً أخرى بانتقاله إلى الورثة. أنظر المادة (٩٨) (الزيلعي).

سؤال: كان يكفي أن يذكر في هذه المادة أن وفاة الواهب مانعة من الرجوع لأنه يدخل في المادة (٨٧٠) كون وفاة الموهوب له مانعة من الرجوع ولذلك كان لا حاجة من ذكر ذلك في هذه المادة حيث أنه بوفاة الموهوب له يخرج الملك من الموهوب له وينتقل إلى الورثة.

الجواب: لما كان المتوفي في حكم الحي في الأحكام المتعلقة بتجهيزه وتكفيته وقضاء دينه وتنفيذ وصيته فلا تنتقل الأموال المقتضية لذلك (القهستاني) إذ ربما يظن أن الهبة من تلك الأشياء فكان النص صريحاً على الموت أولى (الطحطاوي).

﴿المادة ٨٧٣﴾ إذا وهب الدائن الدين للمديون فليس له الرجوع بعد ذلك أنظر المادتين (٥١، ٨٤٨).

هبة الدين للمديون ابراء.

وعليه إذا وهب الدائن الدين للمديون منجزاً فليس للواهب الرجوع ما لم ترد هذه الهبة من جانب المديون، ولو لم يوجد موانع الرجوع المذكورة في المواد الآنفة (ابن نجيم) لأن هذه الهبة اسقاط والساقط لا يعود أنظر المادتين (٥١ و ٨٤٨) (الدر المنتقى).

وبما أنه مسطور في هذه المادة عدم امكان الرجوع عن الهبة إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع فتفترق هبة العين عن هبة الدين يعني يفترق الإبراء (الحموي).

مثلاً لو باع أحد منزله الملك من أمه في مقابل ثمن معلوم وبعد ذلك وهب في حال صحته الثمن لامه المذكورة وتوفي فليس لسائر الورثة المطالبة بالثمن المذكور أو المداخلة في الدار (علي أفندي).

إيضاح القيود:

١ ـ للمديون، هذا التعبير احترازي. لأنه لو وهب الدين لغير المديون وسلطه على قبضه وبعد أن قبل الآخر ذلك وقبضه فللواهب استرداد المقبوض الذي في يد الموهوب له بالرجوع عن هبته. لأن الهبة التي تقع على هذا الوجه هي تمليك للعين وليست باسقاط دين (أبو السعود).

٢ ـ منجزاً، هذا القيد احترازي فلو وهب هبة معلقة تكون الهبة باطلة. يعني أن ذكر وإنشاء هبة الدين للمديون معلقة بالشرط باطل.

مثلاً لو قال الدائن للمديون إذا جاء الغد فليكن ديني لك أو أنت بريء منه أو إذا أعطيت نصفه فليكن النصف الآخر لك أو هو لك كان باطلاً أما الإبراء فلا يتوقف على القبول لأن الإبراء هو وإن يكن من وجه اسقاطاً لعدم توقفه على القبول إلا أنه من وجه آخر تمليك لرده بالرد ولما كان التعليق يصح بالإسقاطات المحضة كالطلاق ولا يصح في التمليكات وفي الإسقاطات من وجه فلذلك لا يصح هبة الدين للمديون معلقاً على شرط (العناية).

وإن لم تكن الهبة بالشرط التعليقي على الوجه المحرر صحيحة إلا أنها صحيحة بالشرط التقييدي. فلو قال الدائن لمديونه انك بريء من نصف ديني بشرط أن تؤديني النصف الآخر. كان هذا الشرط صحيحاً لأن الشرط المذكور ليس شرطاً تعليقياً بل هو شرط تقييدي (أبو السعود).

﴿المادة ٨٧٤﴾ ـ (لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه).

سواء أوجد مانع من موانع الرجوع أم لم يوجد (إصلاح الإيضاح) لأن المتصدق ينال في مقابل الصدقة ثواباً فيحصل بذلك العوض ولذلك لم يجز الرجوع.

سؤال، إن حصول الثواب على عمل الخير كالصدقة هو فضل وإحسان من الله تعالىٰ وغير واجب على الله كما يقول المعتزلة فكان حصول الثواب غير مقطوع ومجزوم به ولذا كان يجب أن يجوز الرجوع عن الصدقة.

الجواب، المراد بالثواب حصول الوعد بالثواب. وهذا عوض (أبو السعود، العناية) ومع ذلك فالثواب مقطوع بحصوله في الدار الأخيرة. ولا شبهة في حصول الثواب. لأن الله تعـالى لا يخلف الميعاد. (سعدي جلبي).

الصدقة ثلاثة أنواع. (١) الصدقة لفظاً ومعنى كاعطاء الفقير مالاً بلفظ الصدقة (٢) الصدقة معنى فقط كاعطاء مال للفقير أي المحتاج بلفظ الهبة. كذلك لو أعطى أحد للسائل أو المحتاج مالاً على وجه الحاجة ولم ينص على كونه صدقة فليس له الرجوع استحساناً (الهندية في الباب الثاني عشر). (٣)

الصدقة لفظاً فقط كإعطاء الغني مالاً بلفظ الصدقة . ولا يمكن الرجوع في نوع من هذه الأنواع ومن ثم كان عدم الرجوع عن الصدقة التي تعطى للغني باعتبار اللفظ . لأن الصدقة التي تعطى للغني يقصد بها الثواب أحياناً بسبب كثرة العيال (أبو السعود)

ونظراً لأن التصدق على الغني هبة على ما هو مذكور في شرح المادة (٨٣٥) والرجوع في ذلك ممكن فعدم الرجوع في ذلك استحساني . أما عدم الرجوع عن الهبة التي تعطى للفقير والمحتاج فباعتبار المعنى . حتى أنه لو أعطى أحد آخر مالاً بنية الصدقة وإعاده ذلك الشخص إلى الدافع له ظاناً أنه قد أعطاه أياه وديعة أو عارية فلا يحل للدافع أخذ المال المذكور أنظر المادة (٧٢) فإذا أخذه عليه أن يعيده (الهندية)

كذلك لو أعطى أحد للمحتاج أو لسائل على وجه الحاجة مالاً بدون أن ينص على كونه صدقة فليس له الرجوع استحساناً لأنها تكون صدقة (الهندية في الباب الثاني عشر)

وإذا اجتمعت الصدقة والهبة معاً في مال يرجع عن الهبة أما عن الصدقة فلا يرجع فلو وهب أحد نصف دار لآخر وتصدق عليه بالنصف الآخر فله الرجوع عن الهبة وليس له الرجوع عن الصدقة (الهندية) . وتعبير بعد القبض مبني على المادة (٨٣٧)

الاختلاف في كون المال المعطى هبة أو صدقة :

إذا اختلف الواهب والموهوب له في الموهوب فقال الواهب قد كان هبة فلي حق الرجوع وقال **الموهوب** له قد كان صدقة فالقول للواهب (مجمع الأنهر) وإذا اختلف في التعويض أو القرابة المانعة للرجوع أو في حصول الزيادة المتولدة في الموهوب فالقول للواهب استحساناً (الهندية في الباب التاسع) .

المسألة الأولى ، لو أعطى الوكيل بإعطاء صدقة لشخص تلك الصدقة لشخص آخر فيلزم الوكيل الضمان عند بعض الفقهاء أما عند البعض الآخر فلا يلزم ضمان لأن المقصود من الصدقة استحصال رضاء الباري تعالى فيحصل هذا المقصد أيضاً فيما لو أعطيت الصدقة لفقير آخر (الهندية) .

﴿المادة ٨٧٥﴾ إذا أباح أحد لآخر شيئاً من مطعوماته فأخذه فليس له التصرف فيه بوجه من لوازم التملك كالبيع والهبة ولكن له الأكل والتناول من ذلك الشيء وبعد هذا ليس لصاحبه مطالبة قيمته مثلاً إذا أكل أحد من كرم آخر باذنه وإباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب الكرم مطالبة ثمنه بعد ذلك .

إذا أباح أحد من مطعوماته أي مما يؤكل ويشرب وأخذه فليس له التصرف فيه وجه من لوازم التملك كالبيع والهبة والهدية والصدقة لأنه إذا لم يأكل فلا يزول منه ملك المبيح . وللمبيح أن ينهاه قبل الأكل ويرجع عن أباحته . وفي هذه الصورة يكون تصرفه في ذلك تصرفاً في ملك الغير بلااذن وهذا ليس جائزاً . (أنظر المادة ٩٦) كما أنه لو أكله ذلك الشخص لا يمكن التصرف فيه (الولواجية) .

إلا أنه لو أولم أحد وليمة وقسم ضيوفه على عدة اخونة فلو أعطى الجالس على خوان للضيف الذي

على خوانه أو للخادم شيئاً جاز كما يجوز لو اعطى من كان على الخوان الآخر. أما عند بعض الفقهاء فلا يجوز وهذا هو القياس (الدرر، الهندية قبيل الباب الرابع من الهبة).

لكن يمكنه أن يأكل ويتناول من ذلك الشيء ومعنى التناول إعطاء الطعـام أو الإحسان ولكن يستفاد من الفقرة الأولى أنه لا يقصد هنا المعنى الثاني. ومع أن الأكل مخصوص بالمأكولات فالتناول يشمل المأكولات والمشروبات معاً وعليه فعطف التناول على الأكل عطف العام على الخاص. وليس لصاحبه بعد أن يطالب بقيمة الشيء المأكول إذا كان من القيميات ومثله إذا كان من المثليات.

مثلاً، إذا أكل أحد من كرم آخر باذنه وإباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب الكرم مطالبة ثمنه أو مثله بعد ذلك.

ولو قال أحد لآخر أدخل كرمي واقطف عنباً فعند الفقهاء لذلك الشخص أن يقطف من العنب ما يشبعه لأن هذا القول إذن بقطف المقدار المحتاج إليه المخاطب في الحال (الخانية) وعند البعض الآخر من الفقهاء أن للمخاطب قطف عنقود واحد فقط بهذا الإذن (البزازية).

كذلك لو أكلت امرأة مالها مع زوجها يعني لو صرفت تلك المرأة مالها بيدها وأكلته مع زوجها ثم بعد مدة توفت المرأة فليس للورثة تضمين الزوج حصتهم فيما صرفته الزوجة على زوجها (أبو السعود العمادي)

أما لو اعطته لزوجها وصرفه الزوج فحكم ذلك قد بين في شرح المادة (٨٣٨).

ويجوز الرجوع عن الإباحة كما يجوز الرجوع عن الهبة فلذلك للمبيح حق الرجوع عن أباحته كما بين ذلك في المادة (١٢٢٦).

ولا يمنع الشيوع صحة الإباحة كما أنه لا يشترط معلومية المال الذي أبيح والشخص الذي أبيح له المال كما قد بين ذلك في شرح المادة (٨٣٢) هل يشترط وقوف المباح له بإباحة المبيح؟ لنوضح ذلك وقد حصل في هذه المسألة اختلاف بين الفقهاء فمقتضى بيان القنية ليس ذلك شرطاً فعليه لو أكل المباح له الشيء المباح دون أن يعلم باباحة المبيح فلا يلزما الضمان (الخانية في براءة الغاصب والمديون وجامع الفتاوي) وهو شرط كما هو مذكور في البحر والواجية.

فعليه إذا قال أحد قد أذنت الناس جميعاً وأبحت لهم أكل العنب من كرمي وكل من أخذ عنباً من كرمي فهو له فكل من سمع هذا الكلام وجهاً أو غياباً فله الأخذ أما من لم يستمع هذا القول فليس له الأخذ فإن تناول فلان من ذلك بالجهل فإنه يتناول حراماً ولا يسعه ذلك ما لم يعلم بالإذن والإباحة (الهندية في الباب الثالث).

لأن الإباحة عبارة عن الإطلاق والإطلاق كالوكالة فهو لا حكم له قبل العلم.

المسألة الأولى ـ إذا ربط أحد حيوانه في اصطبل عام وذهب فلكل أن يأخذ الزبل الحاصل من ذلك الحيوان ولا يكون صاحب الإصطبل أحق من غيره في ذلك (الهندية).

لاحقة

الفصل الأول

في بيان الأمور المتعلقة بالتحليل

المسألة الثانية ـ لو قال أحد لآخر (ما تأكل من مالي فهو لك حلال) فلذلك الشخص أكل ماله. ما لم يكن في كلامه أمارة نفاق (الهندية في الباب الثاني) كذلك لو قال من يأكل من مالي فهو له حلال فيحل للغني والفقير الأكل من ماله (الهندية). قال لرجل (مرا بحل كن) فقال: (بجل كردم أكر مرا بحل كنى) فقال (بحل كردم) لا يصح ابراؤه ويصح إبراء الثاني (الهندية في الباب الرابع وفيها تفصيل).

المسألة الثالثة ـ لو قال أحد لآخر اجعلني في حل مما لك على من كل حق واحله وابرأه منه كان ذلك الشخص بريئاً سواء أكان ذلك الشخص عالماً بالحقوق المذكورة أو غير عالم (الهندية). لأن جهالة الساقط ليست مانعة للإسقاط. كذلك لو قال المديون للدائن ابرئني من كل حق لك علي وأبرأه بريء المديون قضاء من كل حق. لأن القضاء مبني على الظاهر وظاهر اللفظ عام. لكن عند بعض الفقهاء أنه يبرأ من المقدار الذي يظن الدائن أنه هو المطلوب له ولا يبرأ من شيء زائد عنه. لأن الآخرة مبينة على الرضا والرضا إنما هو في هذا المقدار (البزازية في الغصب، الطحطاوي في أوائل الهبة)

المسألة الرابعة، يقع التحليل على الشيء الواجب في الذمة. وليس على العين القائم. بناء عليه لا يملك الغاصب المال المغصوب الموجود في يده عيناً بتحليل المغصوب منه (الهندية في الباب الثالث).

بل يبقى المال بعد قوله هذا للمغصوب منه إلا أن الغاصب يبرأ من ضمانه ويبقى المغصوب بعد ذلك أمانة في يده (الطحطاوي).

﴿المادة ٨٧٦﴾ الهدايا التي تأتي في الختان أو الزفاف تكون لمن تأتي باسمه من المختون أو العروس أو الوالد والوالدة وإن لم يذكر أنها وردت لمن ولم يمكن السؤال والتحقيق فعلى ذلك يراعى عرف البلدة وعادتها.

يعني إذا كان المهدي له بالغاً يملك الهدية بقبضه نفسه وإن كان صغيراً بقبض وليه أو وصيه أو مربيه. وفي هذه الفقرة ست صور كما يفهم ذلك من أدنى ملاحظة وهذه الفقرة فرع عن المادة (٨٦١) فحكم ذلك وإن بين في المادة المذكورة فقد ذكرت هنا توطئة للفقرة الآتية ومع ذلك فهذه المادة ليست من مسائل هذا الفصل.

مثلاً، لو احضر أحد في ختان دبوساً الماسياً أو حلقاً أو ساعة أو ملاءة خاصة بالنساء أو معطفاً خاصاً بالكبار وقال إن هذا للصبي أو لأبيه أو لامه أي لو قال وهبته لفلان ووقع القبول والقبض في دائرة الأصول كان له. ولا يقال ماذا يصنع الصبي بالدبوس الألماس أو الحلق أو الملاءة أو ماذا تصنع أم

الصبي بالمعطف. لأنه يشترط في الهبة أن يكون الموهوب مالاً ولا يشترط أن يكون صالحاً لاستعمال الموهوب له في حالته وإن لم يذكر أنها وردت لمن وكان السؤال والتحقيق منهم قابلاً فيتحقق من أصحابها ومتى بينوا لمن أتوا لها قبل كلامهم. لأنهم المملكون (الهندية).

مثلاً، لو قال المهدي في الصورة الأولى قد احضرت الهدية للأب أو للأم يقبل كما يقبل فيما لو قال في الصورة الثانية قد أحضرته للزوج أو للعروس (الطحطاوي)

أما إذا لم يكن السؤال أو التحقيق منهم قابلاً فعلى ذلك يراعى عرف البلدة وعادتها. أنظر المادة (٣٦)

فعليه الهدايا التي أتت في حفلة الختان إذا كانت صالحة للصبيان أو مما يستعمله الصبيان فتكون للصبي كالصولجان والكرة وسائر اللعب وثياب الصبيان لأن هذا تمليك للصبي عادة وإذا كانت صالحة للرجال فقط فتكون للأب كالثياب الخاصة بالرجال وكالأسلحة الحربية وإذا كانت صالحة للنساء فللأم كالثياب الخاصة بالنساء والمجوهرات أما إذا كانت صالحة للإثنين كالدراهم والدنانير والكأس والملعقة والساعة ينظر فإذا كان الشخص الذي أحضر الهدية من أقرباء الأب أو أحبائه كانت الهدية للأب وإذا كان من أقرباء أو أحباء الأم فهي للأم ولما كان المعول عليه في هذا وأمثاله هو العرف والعادة فإذا وجد سبب ووجه يدل على حكم مخالف لهذا فيلزم الإعتماد عليه (البحر والفتاوى الجديدة، الطحطاوي).

فقوله في هذه المادة الختان والزفاف ليس بتعبير احترازي. فلو جاء أحد من سفر ونزل ضيفاً عند آخر فأعطى صاحب المحل أشياء قائلاً قسمها بين أولادك وزوجك فإذا كان ممكناً مراجعة ذلك الشخص وسؤاله عن تعيين الشيء الذي يخص كل واحد من أفراد عيال المهدى إليه فيعمل بموجبه وإذا كان غير ممكن سؤاله ينظر فالأشياء التي تصلح لصغار الذكور فهي لهم «وإذا كان أولئك الصغار متعددين فكيف تقسم » وما يصلح لصغار الأناث فهي لهن. وما يصلح للفتيات (البنات الكبار) فهي لهن أيضاً وما يصلح للرجال فهي لهم وما يصلح للرجال والنساء معاً فإذا كان المهدي من أقرباء الرجل وأحبائه فهو له وإن كان من أقرباء المرأة فهو لها (الولوالجية، الهندية).

(الخاتمة) إن الأشياء التي ترسل في حفلات كهذه إذا كانت تدفع عرفاً وعادة على وجه البدل فيلزم القابض مثلها إذا كانت من المثليات وقيمتها إذا كانت من القيميات وإذا كان لا يرسل بمقتضى العرف والعادة على وجه البدل بل ترسل على طريق الهبة والتبرع فحكمها كحكم الهبة ولا رجوع بعد الهلاك والإستهلاك والأصل في هذا الباب هو أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. أنظر المادة (٤٣) الخيرية.

الفصل الثاني

في حق هبة المريض

والمراد من المريض هنا. هو المريض مرض الموت المعرف في المادة (١٥٩٥).

المرض، هو حالة للبدن يزول بها اعتدال الطبيعة (ابن ملك شرح المنار) إن تصرفات المريض ليست كتصرفات الصحيح بل يوجد في تصرفاته بعض تقييدات وقد ذكرت في حق المريض بعض الأحكام الشرعية.

ألا ترى أن الصحيح له أن يبيع ماله ويهبه لمن شاء بالثمن الذي يريد وأن يقر بكل شيء لمن أراد مع أنه ليس للمريض ذلك. فقد بنيت أحكام بيع المريض في المادة (٣٩٣) وما يتلوها من المواد وإجارة المريض في شرح المادة (٤٤٤) وكفالة المريض في شرح المادة (٦٢٨) ورهن المريض في شرح المادة(٧٠٨) وهبة المريض في هذا الفصل وإقرار المريض أيضاً في المادة (١٥٩٥) وما يتلوها من المواد.

المرض بما أنه سبب الموت الذي هو العجز الخالص فيوجب ذلك تعلق حق الوارث والغريم بمال المريض. فعليه قد جعل المرض بشرط أن يكون متصلاً بالموت أحد أسباب الحجر صيانة لحقوق هؤلاء. وهذا الحجر يكون بالقدر الذي يمكن به صيانة هذا الحق. وهو بالنسبة إلى الوارث عبارة عن ثلثي المال وبالنسبة إلى الغريم عبارة عن مقدار الدين.

وإذا كان المرض متصلاً بالموت كان الموت من أسباب الحجر مستنداً إلى ذلك المرض.

والسبب في استناد الموت لذلك المرض هو:

إن المريض المتصل بالموت موصوف بالأمانة من أوله. لأن كل جزء من المرض موجب للألم أما الموت فيحصل من ترادف الألم وتعقبه عليه فالموت مضاف إلى كل الآلام. وليس مضافاً للألم الأخير ويتفرع عن كونه يشترط أن يكون المرض متصلاً بالموت ليكون من أسباب الحجر المسألة الآتية وهي كل تصرف محتمل للفسخ كالهبة والمحاباة (أنظر المادة ٣٩٤) ويكون تصرف المريض المذكور في الحال صحيحاً. لأن سببية المرض للحجر مشكوك فيه ما لم يتصل بالموت فلذلك كان الحجر مشكوكاً فيه أيضاً فلا يثبت ولا يكون في ذلك فوات حق الغريم أو حق الوارث لأنه إذا اتصل المرض بالموت وأفضى إليه يحفظ حقهما بنقض التصرف المذكور (ابن ملك، شرح المنار).

﴿المادة ٨٧٧﴾ - (إذا وهب من لا وارث له جميع أمواله لأحد في مرض موته وسلمها تصح وبعد وفاته ليس لأمين بيت المال المداخلة في تركته).

إذا وهب من لا وارث ولا دين عليه جميع أمواله لأحد في مرض موته وسلمها صح لأن الهبة في

مرض الموت وصية وبما أن عدم جواز وصية غير المديون في أكثر من ثلث ماله كان لأجل حق الورثة فإذا لم يكن ثمة ورثة كانت الوصية المذكورة صحيحة (مجمع الأنهر في الفرائض).

كما أن عدم جواز وصية المديون المستغرقة تركته بالديون هي لأجل حق الغرماء فإذا لم يوجد غرماء كانت الوصية صحيحة. وبعد وفاته ليس لأمين بيت المال المداخلة في تركته أو أخذ أي مقدار من الموهوب لأن بيت المال كما هو مبين في علم الفرائض مؤخر عن الموصى له بأكثر من الثلث والمستحقون للتركة كما هو مذكور في علم الفرائض عشرة أصناف. وإن كان عاشرها بيت المال فوضع مال المتوفي في بيت المال ليس بطريق الأرث وإنما هو بطريق الفيء. لأنه لو كان وضعه في بيت المال بطريق الأرث فإذا لم يكن لأحد وارث خاص وأوصى بثلث ماله لفقير معين فهذه الوصية بما أنها وصية للوارث فهي غير صحيحة يعني يلزم أن تكون موقوفة على إجازة بقية الورثة أي إجازة سائر الفقراء (رد المحتار في الفرائض).

قيل في هذه المادة إذا وهب وسلم لأنه لو وهب أحد في مرض موته جميع أمواله لأحد وتوفي قبل التسليم فلا حكم للهبة. وإن تكن الهبة في مرض الموت وصية وتعتبر من ثلث المال ولا يلزم في الوصية القبض إلا أنها لما كانت حقيقة هبة فتتوقف على القبض حسب ما جاء في المادة (٨٣٧) (رد المحتار). (أنظر شرح المادة ٨٥٥).

﴿المادة ٨٧٨﴾ - (إذا وهب الزوج الذي ليس له وارث غير زوجته جميع أمواله في مرض موته لزوجته وسلمه أياها أو وهبت الزوجة التي ليس لها وارث غير زوجها جميع أموالها في في مرض الموت إلى زوجها وسلمته أياه كان صحيحاً وبعد الوفاة ليس لأمين بيت المال المداخلة في تركة أحدهما أي إذا لم يكن مديوناً أيضاً لأن الهبة في مرض الموت وصية وتصح الوصية أيضاً للوارث عند عدم وجود المزاحم (الدر المنتقى في الفرائض).

وحكم هذه المادة قد خصص بالزوج والزوجة فقط لأن غير هذين من الوارثين يرثون التركة كلها فرضاً ورداً فلا حاجة للوصية والهبة إليهما (الدار المنتقى في إقرار المريض) يعني يحتاج كل من الزوج والزوجة لإحراز مال الآخر إلى الوصية. لأنهما وإن أخذا حصتهما الارثية فبما أنهما ليسا ممن يرد عليهما فلا يأخذان حصة رداً بخلاف سائر الورثة فإنهم يحرزون جميع أموال المتوفي فرضاً ورداً فلا فائدة للإيصاء إليهم. مثلاً لو توفي أحد لا وارث له سوى زوجته فترث زوجته ربع ماله وتبقى ثلاثة الأرباع لبيت المال بناءً عليه لو وهب أحد في مرض موته جميع أمواله لزوجته وسلمها أياها فتبقى لها ليس لأمين بيت المال المداخلة فيها. لكن لو توفي أحد لا وارث له غير ابنة له فكما تأخذ ابنته نصف تركته فرضاً تأخذ النصف الآخر رداً وتحرزاً لتركة جميعها. وإذا وهب أحد في مرض موته جميع أمواله لابنته وسلمها أياها وإن كان هبة صحيحة فلو لم يهبها الأموال ويسلمها لها فتأخذها فرضاً ورداً وبذلك أصبح لا فائدة في الهبة.

وليس لأمين بيت المال المداخلة في تركة أحدهما بعد وفاته وليس له استرداد الزائد عن حصته الأرثية لأن عدم صحة الوصية بزيادة عن الثلث لأجل حق الورثة فإذا لم يكن للوارث المذكور وارث آخر فالهبة صحيحة للوارث أيضاً. لأنه كما هو مذكور في شرح المادة الآنفة أن وضع مال من لا وارث له في بيت المال ليس بطريق الإرث بل بطريق الفيء (مجمع الأنهر في الفرائض).

مثلاً لو وهب من لا وارث له غير زوجته جميع أمواله لها وسلمها إياها وتوفي بعد ذلك فليس لأمين بيت المال أن يقول للزوجة (خذي حصتك الارثية الربع وإني آخذ الثلاثة الأرباع لبيت المال).

﴿المادة ٨٧٩﴾ إذا وهب أحد في مرض موته شيئاً لأحد ورثته وبعد وفاته لم تجز الورثة الباقون لا تصح تلك الهبة أما لو وهب وسلم لغير الورثة فإن كان ثلث ماله مساعداً لتمام الموهوب تصح وإن لم يكن مساعداً ولم تجز الورثة الهبة تصح في المقدار المساعد ويكون الموهوب له مجبوراً برد الباقي.

لو وهب أحد في مرض موته شيئاً لأحد ورثته المتعددين أي لمن سيكون وارثاً له وقت موته وسلمه أياه كانت هبته موقوفة على إجازة باقي الورثة بعد وفاته من هذا المرض بناء عليه إذا أجاز الورثة المذكورون هذه الهبة بعد وفاة الموروث كانت الهبة نافذة أنظر المادة (٢٤) الفيضية).

وإذا تعددت الورثة فأجازها بعضهم وفسخها البعض الآخر فتنفذ في حصة المجيزين وتنفسخ عن حصة الفاسخين. لكن يلزم لصحة هذه الإجازة أن يكون معطي الإجازة عاقلاً بالغاً وصحيحاً أي غير مريض حتى لو أجاز أحد الورثة هذه الهبة وكان صغيراً مميزاً ومجنوناً فلا تعتبر إجازتهم ويأخذ أوصياؤهم حصصهم الارثية حتى بعد الإجازة أيضاً (البهجة).

لكن يشترط أن تكون هذه الإجازة بعد وفاة الواهب إذ لا حكم للإجازة قبل موت الواهب لأن حقوق الورثة تثبت بعد وفاة المورث الواهب ولا حق للورثة قبل الوفاة حتى يمكن اسقاط ذلك الحق بالإجازة (جامع الفصولين).

مثلاً، لو وهبت المرأة المريضة مهرها لزوجها وبعد أن أجازت ورثتها هذه الهبة توفيت فلا تنفذ الهبة المذكورة (الأنقروي).

لأنه لاحق للورثة في المهر الذي وهبته الورثة قبل وفاة المرأة مطلقاً، وتتحقق حقوق الورثة بصيرورة المال الموهوب موروثاً للورثة والإرث إنما يكون بعد وفاة المورث. وعدم نفاذ هذه الهبة هو لأجل حقوق الورثة وليس ناشئاً عن عدم أهلية الواهب. وكذلك يستفاد من المسائل الأصولية المبينة في شرح عنوان هذا الفصل فعليه إذا وهب مريض ماله لوارثه وسلمه أياه وبعد ذلك لو أدعى المريض أن هذه الهبة غير نافذة لوجود ورثة آخرين فلا تقبل دعواه هذه.

كذلك لو وهبت المرأة المريضة مهرها لزوجها ثم بعد ذلك لو أدعت بمهرها ببيان أن هذه الهبة قد وقعت في مرض الموت مع وجود الورثة الآخرين فهي غير نافذة وترد دعواها. ثم بعد ذلك لو ماتت بذلك المرض فلسائر الورثة أن يطلبوا حصصهم الارثية من الموهوب له (الهندية في الباب العاشر).

كذلك لو وهبت امرأة في مرض موتها لزوجها مهرها الذي في ذمته وتوفي بعد ذلك زوجها وهي في حال الحياة فليس لها الإدعاء بالمهر المذكور بعد. ولورثتها الإدعاء به بعد وفاتها (القنية).

والورثة المقصودون في هذه المادة الوارثون وقت الموت يعني أن المعتبر في أمر كون الموهوب له وارثاً أو غير وارث هو وقت الموت وليس وقت الهبة.

بناءً عليه لو وهب المريض الذي له ابن مالاً لأخيه في مرض موته وسلمه أياه ثم توفي ولده قبل وفاته وأصبح الأخ وارثاً للواهب وكان له وارث آخر فلا تكون الهبة المذكورة نافذة. وبالعكس لو ولد له ولد بعد أن وهب أخاه الوارث له المال وسلمه أياه كانت الهبة المذكورة صحيحة (رد المحتار).

كذا لو وهب المسلم في مرض موته مالاً لولده غير المسلم وبعد ذلك أسلم الولد المذكور وتوفي المريض بعدئذ لا تجوز الهبة (مجمع الأنهر في الوصايا).

كذلك لو وهب أحد في مرض موته عدة أشياء لامرأة ثم تزوج منها وتوفي في ذلك المرض فللورثة أن لا يقبلوا الهبة المذكورة وأن يدخلوا الأشياء الموهوبة في التركة (النتيجة).

أما في الإقرار فالحكم بعكس ذلك فإذا أقر المريض لوارثه فيعتبر وقت الإقرار في كون الإقرار واقعاً للوارث أو لغير الوارث. لأن الإقرار تصرف في الحال فيلزم اعتبار الحال الذي في الوقت المذكور. أنظر المادة (١٥٩٩) (ومجمع الأنهر في الوصية)

وإذا لم تجز الورثة الهبة المذكورة فلا تكون الهبة المذكورة صحيحة يعني تكون باطلة. لأن الهبة في مرض الموت وصية. ولا تصح الوصية للوارث. لأن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث فلذلك تكون الوصية للوارث على أربعة أوجه وكلها باطلة. الوجه الأول، الوصية صورة. لو باعها المريض في مرض موته بعض أمواله لبعض ورثته كان غير نافذ. أنظر المادة (٣٩٣). حتى لو باع بالقيمة الحقيقية. لأنه يكون بهذا البيع قد حصل إيثار الوارث المشتري بالعين المذكورة دون سائر الورثة.

الوجه الثاني، الوصية معنى. كإقرار المريض في مرض موته بأمواله المعينة لبعض ورثته. هذه الوصية معنى أيضاً. لأن المقر به قد خصص للمقر له بلا عوض سالم وشبهة الحرام حرام أيضاً.

الوجه الثالث، الوصية حقيقة، كإيصاء المريض في مرض موته ببعض أمواله المعينة لبعض ورثته. وما بين في هذه المادة هو من هذا القبيل.

الوجه الرابع، الوصية شبهة كبيع المريض في مرض موته مالاً له جيداً لبعض ورثته في مقابل مال رديء لذلك البعض. (كشف الأسرار شرح المنار في فصل الأمور المعترضة على الأهلية).

وقد أشير بقوله في المجلة ليست تلك الهبة صحيحة إلى أن الهبة لا تكون صحيحة في أي مقدار منها. ولا يقال إنها تكون صحيحة فيما يكون الثلث مساعداً عليه كما سيأتي.

إيضاح القيود:

١ ـ في مرض موته: هذا التعبير احترازي. لأن هبة المريض في مرض غير مرض الموت هبة صحيحة كهبة الصحيح (الوالواجية)

٢ ـ وبعد الوفاة ـ ويستفاد من هذا التعبير أنه إذا لم يتوف ذلك الشخص وأفاق من مرضه تكون الهبة صحيحة ونافذة ولو توفي بعد ذلك فلا مداخلة لباقي الورثة في الموهوب. مثلاً لو مرضت امرأة فوهبت لزوجها مهرها الذي في ذمته ثم أفاقت وبعد مرور مدة توفيت كانت الهبة لازمة كذلك لو وهب أحد جميع أمواله في حال صحته لأحد ورثته وسلمه أياها وتوفي بعد ذلك فليس لسائر الورثة المداخلة في الهبة المذكورة (علي أفندي).

مثلاً لو وهب من كان له عدة أولاد جميع أمواله لأحدهم في حال صحته وسلمه أياها كانت صحيحة (البزازية).

ومع ذلك فترجيح بعض الأولاد على البعض مكروه كراهة تحريمية (أبو السعود المصري) ويكره ذلك عند تساويهم في الدرجة أما عند عدم التساوي كما إذا كان أحدهم مشتغلاً بالعلم لا بالكسب لا بأس أن يفضله على غيره أي لا يكره إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين. فعليه على الواهب مراعاة المساواة في الهبة لأولاده حتى لو وهب لأبنه وابنته يجب أن يعطي البنت كما يعطي الصبي وهذا هو المفتى به (الطحطاوي).

وقد روى أحد الصحابة رضي الله عنه أن أباه قد وهبه مالاً وأراد أن يشهد النبي ﷺ على هذه الهبة فتمثلت آنا مع أبي في حضور النبي صلى الله عليه وسلم وذكر أبي له الأمر فسأله الرسول ﷺ ألك أولاد غيره فأجابه أبي نعم يا رسول الله فقال له، هل وهبتهم مثل ما وهبت هذا، فقال أبي كلا، فقال ﷺ هذا جور أي ظلم (العناية).

إلا أنه إذا كان أحد الأولاد يفضل غيره في العلم والكمال فلا بأس من ترجيحه على غيره كما بين في الكتب الفقهية مساغاً للترجيح (أبو السعود المصري) وإن كان في أولاده فاسق لا ينبغي أن يعطيه أكثر من قوته كيلا يصير معيناً له في المعصية ولو كان ولده فاسقاً فأراد أن يصرف ماله إلى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه (الطحطاوي باختصار).

الاختلاف في الصحة والمرض:

لو أدعى الموهوب له أن الهبة والتسليم وقعا في حال صحة الواهب وأدعت الورثة أنها وقعت حال المرض فالقول قول من يدعي وقوع الهبة في حال المرض على قول (أنظر المادة ١١).

لأنه ينكر لزوم العقد والملك. وعلى قول آخر لمن يدعي وقوعه حال الصحة لأن تصرفات المريض

نافذة وإنما تنتقض بعد الموت واختلفا فيه فالقول لمن ينكر النقض.

أما البينة فعلى من يدعي وقوعها في حال الصحة. (أنظر المادة ١٧٦٦) (التنقيح الهندية في الباب التاسع من الهبة ونقول علي أفندي في ترجيح البينات).

٣ ـ هبة ـ يدل على هذا التعبير على أن هذا الحكم يعني عدم ترجيح أحد من الورثة في مرض الموت خاص بالأملاك أما في فراغ الأراضي الأميرية والمستنقعات والمستغلات الـوقفية فليس الحكم كذلك فالفراغ بالأرض الأميرية والموهوبة في مرض الموت معتبر سواء أكان لبعض أصحاب الإنتقال يعني الورثة أم للأجنبي. وسواء كان المتفرغ مديوناً مستغرقة تركته بالديون أم لا فعليه كما أنه لا يمنع حين الفراغ فلا يفسخ الفراغ بعد موت المريض بداعي عدم إجازة الورثـة أياه وكـذلك إذا لم يكن للمريض أحد من أصحاب الإنتقال فليس لمأمور الأراضي أن يمتنع عن الفراغ بقـوله إنـك تهرب الأراضي عن أن تكون محلولة وأن يتداخل في الأراضي بعد الفراغ والوفاة.

كذلك للمتصرف بوقف على طريق الإجارتين أن يفرغ باذن المتولي ما بتصـرفه إلى أصحـاب الإنتقال أو إلى أجنبي ولو كان الفارغ مديناً مستفرقاً بالدين كما أنه ليس لورثته الآخرين أو لمداينيـه المداخلة في المفروغ منه بداعي وقوع الفراغ في مرض الموت. كذلك ليس للمتولي الإمتناع عن إعطاء الإذن بالفراغ أصلاً. إلا أنه تفرغ المريض في مرض موته بإذن المتولي على الوجه المحرر وتوفي بعد ذلك وليس له أحد من أصحاب الانتقال فلمتولي الوقف أن يسترد المفروغ به من المفروغ له ويضبطه للوقف ويطلب المفروغ له بدل الفراغ من تركة المتوفي.

وسبب ذلك النظام الخاص به. أما لو وهب المريض في مرض موته لغير وارثه شـرط العوض وسلمه الموهوب فإذا كان ثلث ماله مساعد التمام الموهوب كانت هذه الهبة صحيحة ونافذة. لأنه لما كانت الهبة للأجنبي في مرض الموت في حكم الوصية فتعتبر في ثلث الأموال الباقية بعد التجهيز والتكفين وإداء الدين سواء أجاز الورثة أم لم يجيزوا. ويجب أن يعلم أن هبة المريض هبة عقد وليست بوصية واعتبارها من الثلث ما كان لأنها وصية ولكن لأن حق الورثة يتعلق بالمريض وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه بقدر ما جعل الشرع له وهو الثلث فشرط في هذا العقد قبض الموهوب قبل موت الواهب (الطحطاوي).

وإذا لم يكن مساعداً وأجازها الورثة كلهم صحت الهبة في الكل وإن لم يجيزوا تصح الهبة في المقدار الذي يساعد عليه ثلث المال ويجبر الموهوب له رد الباقي للورثة ولا يكون الموهوب له مخيراً في ذلك مع أن المشتري في البيع كان مخيراً كما هو مذكور في المادة (٣٩٤)

ويجري الحكم المذكور ولو تمادى مرض الموت ثمانية أشهر أو تسعة. مثلاً لو وهب المريض في مرض موته ماله في ذمة آخر من الدين له وكان ثلث ماله يساعد على مائة قرش فقط وتلزم ويجبر على إيفاء الباقي (علي أفندي).

كذا لو كان المال الموهوب داراً ولم يكن للواهب سواها تجوز الهبة في الثلث ويرد الثلثان إلى الورثة والحكم هكذا في القابل القسمة أو غير القابل (الهندية في الباب العاشر). كذلك لو وهب أحد في مرض

موته البقرة التي لا يملك سواها لآخر وسلمه أياها وتوفي الواهب بعد أن باعها الموهوب له من آخر فلا يفسخ البيع ويضمن الموهوب له ثلثي قيمة البقرة للورثة (الأنقروي).

إذا وهب المريض مالاً سواء كانت الهبة للوارث أو لأجنبي وسلمها للموهوب له وباعها الموهوب له لآخر وتوفي الواهب بعد ذلك فلا ينقض البيع ويضمن الموهوب له تمام بدله إذا كان وارث ويقسم البدل بين الورثة أما إذا كان الموهوب له أجنبياً فيضمن المقدار الذي لا يساعد عليه ثلث المال يعطي للورثة (القاعدية والأنقروي).

قد قيل شرحاً بلا شرط العوض لأن المريض لو وهب مالاً له في مرض موته لغير وارث بشرط إعطاء عوض معادل لثلثي قيمة أو أكثر وسلمه أياه تصح الهبة ولو لم يكن له مال غير المال المذكور. أما إذا كان العوض المذكور أقل من قيمة ثلثي الموهوب ولم يكن للواهب مال غيره فالموهوب له مخير فإن شاء أبلغ وأكمل العوض وأعطى الموهوب له العوض فالحكم على هذا المنوال أيضاً (الهندية في الباب العاشر عن التاتار خانية).

والحكم في الشفعة هكذا أيضاً. فلو وهب أحد في مرض موته داره التي تساوي قيمتها ثلاثمائة جنيه لآخر بشرط أن يعطيه فرسه المعلوم الذي قيمته مائة جنيه عوضاً وسلمه أياها وضبط الشفيع بعد ذلك الدار بالشفعة بناءً على المادة (١٠٢٢) وأعطى الموهوب له قيمة الفرس وتوفي الواهب بعد ذلك ولم تجزها الورثة فالشفيع مخير إن شاء رد ثلث الدار وأبقى الثلثين وإن شاء رد الكل ويسترد البدل الذي أعطاه ولكن إذا لم يكن العوض مشروطاً حين الهبة وأعطى بعد ذلك فلا تجري الشفعة (من المحل المذكور).

﴿المادة ٨٨٠﴾ إذا وهب من استغرقت تركته بالديون في مرض موته أمواله لوارثه أو لغيره وسلمها ثم توفي فلأصحاب الديون إلغاء الهبة وإدخال أمواله في قسمة الغرماء.

أنظر المادة (٤٦).

ومعنى تركته مستغرقة بالديون هو أن يكون الدين مساوياً لتركته أو زائداً عليها.

إن المال الذي يوهب ويسلم على هذا الوجه مضمون في يد الموهوب بقيمته. فعليه يكون المال الموهوب والمسلم على هذا الوجه في يد الموهوب له مضموناً بقيمته فلذلك لو باع الموهوب له المال الموهوب قبل موت الواهب فليس للغرماء نقض البيع ويضمنون الموهوب له (جامع الفصولين).

إيضاح القيود:

١ ـ في مرض موته. فهذا القيد احترازي فلو وهب في حال صحته وسلم الهبة ومرض بعد ذلك وتوفي فليس للدائنين مداخلة في الموهوب (علي أفندي).

٢ ـ الوفاة من ذلك المرض: هذا القيد احترازي أيضاً. لأنه لو وهب أحد في حال مرضه أمواله لوارثه أو لغيره وسلمه أياها وأفاق بعد ذلك من هذا المرض كانت الهبة صحيحة ولازمة. لأنه قد تحقق أن المرض المذكور ليس بمرض موت (الهندية).

٣ ـ أمواله. هذا التعبير للاحتراز عن الأراضي الأميرية والمستغلات الوقفية. لأنه إذا أفرغ من استغرقت ديونه تركته في مرض موته كل ما يتصرف فيه من الأراضي الأميرية أو المستغلات الوقفية التي يتصرف بها بالإجارتين لأجنبي أو لوارثه في مقابل بدل أو مجاناً بإذن صاحب الأرض أو برأي المتولي كان ذلك صحيحاً. وليس للدائنين حق المداخلة بالمفروغ به، لأن حقوق الدائنين تتعلق بأموال المريض وهذه ليست من أمواله.

٤ ـ إذا وهب: هذا التعبير ليس للاحتراز عن رد الموهوب بالرضا وإعادته. فلو رد الموهوب له الموهوب للواهب بناءً على طلبه وهو مريض أي الموهوب له وأعاده إليه فهذه الإعادة في حكم الهبة الجديدة. بناءً عليه إذا لم يكن الموهوب له مديوناً اعتبر من ثلث ماله.

أما إذا كان مديوناً مستغرقة تركته فرجوعه عن الهبة ورده باطلان ويلزم إعادة المال الموهوب لتركة الموهوب له. أما إذا لم يرده ويعيده برضاه في مرض موته وأعاده بحكم الحاكم وقضائه كان هذا الرجوع والإعادة صحيحين. وليس لغرماء الموهوب له ولا لورثته المداخلة في المال الموهوب (الهندية). أنظر شرح المادة (٨٦٤)

٥ ـ كان لهم: يدل هذا التعبير على أن الغرماء إذا كانوا كلهم من أهل التبرع وأجازوها فليس لهم الفسخ وإذا أجاز بعضهم فالهبة في حصة المجيز صحيحة والله سبحانه وتعالى أعلم.

الكتاب الثامن

الغصب

الكتاب الثامن

الغصب

الحمد لله الذي بين الشرائع بنبيه المختار وزين الدين بإنزال محكم كتابه عليه وأنار صلى الله عليه وعلى آله الأخيار وأصحابه المهاجرين والأنصار وأغفر لعبدك ولعبادك المؤمنين يا غفار.

الكتاب الثامن

يعني أن الكتاب الثامن من الكتب الستة عشر التي تنقسم المجلة إليها هو في الغصب والإتلاف ويشتمل على مقدمة وبابين. وسيذكر في هذا الكتاب بعض المسائل المبينة في الكتب الفقهية تحت عنوان كتاب الغصب مع بعض المسائل والأحكام التي تأتي تحت عنواني (فصل فيما يحدث في الطريق وغيره) و (باب جناية البهيمة والجناية عليها) في كتاب الديات ومع كونه ذكر في العنوان الأخير الجناية على البهيمة إلا أن المجلة لم تذكر المسائل المتعلقة بذلك فلذلك وتتميماً للفائدة سنذكر في آخر هذا الكتاب بعض المسائل المهمة المتعلقة بذلك.

المقدمة

في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالغصب

ويفهم من قوله (بعض) ان الاصطلاحات المقصودة هي الاصطلاحات المذكورة في المقدمة المحتاج إليها في كتاب المجلة هذا وليس كل الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالغصب.

﴿المادة ٨٨١﴾ ـ (الغصب هو أخذ مال أحد وضبطه بدون إذنه ويقال للآخذ غاصب وللمال المضبوط مغصوب ولصاحبه مغصوب منه).

الغصب: لغة هو أخذ الشيء بطريق التغلب لأجل الاستعمال سواء أكان ذلك الشيء متقوماً أم غير متقوم فعليه كما يصح لغة أن يقال غصبت فرس فلان يصح أن يقال غصبت زوجة فلان.

ولما كان معناه الشرعي الآتي أخص من معناه اللغوي فاستعمال الغصب في معناه الشرعي الآتي هو من قبيل نقل اسم العام إلى الخاص: ومعنى الغصب شرعاً أخذ مال أحد وضبطه المتقوم والمحترم على سبيل الجهر بفعل يزيل يد المالك المحقة حقيقة أو حكماً أو يقصرها ويثبت يده المبطلة بدون إذنه أو إذن الشرع أي بطريق التغلب ويقال للآخذ غاصب وللمال المضبوط مغصوب أو غصب ولصاحب المال مغصوب منه وجمع غاصب غصاب (الهندية والوقاية ونتائج الأفكار والطحطاوي).

إيضاح القيود.

١ ـ إن هذا التعبير عام ويستفاد من عموميته أنه كما يعد أخذ الأجنبي غصباً يعد أخذ القريب لصاحب المال أو الشريك في ذلك المال غصباً أيضاً. مثلاً لو أخذ وضبط أحد مال أبيه أو زوجته بدون اذنهما يكون غاصباً.

فلو كان مال مشترك بين اثنين واستعمل أحد الشريكين المال في الخصوصات التي لا يؤذن له بها شرعاً كان غاصباً أيضاً.

كذلك لو ركب أحد الشركاء ذلك الحيوان المشترك بدون إذن الآخر كان الركوب المذكور غصباً والراكب غاصباً (القهستاني) انظر المادة (١٠٨٠).

كذلك لو باع أحد الشركاء حصته في الدابة المعلومة من أحد وسلمها له بلا إذن الآخر كان ضامناً حصة الشريك الآخر (رد المحتار).

٢ ـ الشرع، إذا لم يكن إذن صريح لصاحبه فالأخذ بإذن الشرع ليس بغصب. وإذا لم يذكر

هنا القيد في المجلة إلا أن إذن الشرع في حكم إذن صاحب المال. وإذا عمم الإذن الواقع في التعريف على الإذن حقيقة والإذن حكماً فيستفاد معنى هذا القيد من التعريف أيضاً.

فلذلك الأخذ في المسائل الآتية الذكر ليس بغصب لحصولها بإذن الشرع.

أولاً، إذا كان الأب محتاجاً فله أخذ مال ولده الذي من جنس النفقة فلا يكون الأب غاصباً بهذا الأخذ أما إذا لم يكن محتاجاً وأخذه واستهلكه فيلزمه الضمان (الفيضية، وعلي أفندي). أنظر شرح المادة (٧٩٩).

ثانياً، إذا ظفر الدائن بمال المديون من جنس دينه فله أخذ ذلك المال بقصد استيفاء دينه منه ولا يعد الدائن بأخذه هذا غاصباً وسواء أكان المديون مقراً أم منكراً وسواء أكان للأخذ بينة في حالة الإنكار أم لم يكن حتى إن المديون لو استرد هذا المبلغ من الدائن جبراً كان غاصباً.

لكن ليس للدائن أخذ مال المديون الذي ليس من جنس ماله بلا إذنه بقصد استيفاء الدين فإذا كان للدائن عشرة دنانير ديناً فأخذ فرساً للمديون تساوي قيمة عشرة دنانير بلاإذنه كان غاصباً إلا أن أبا بكر الرازي قد ذهب إلى أن للدائن أن يأخذ بلا إذن المديون في مقابل دينه الدنانير العشرة دراهم أي فضية، بقيمتها استحساناً كما أن له أخذ الدنانير في مقابل الدراهم واجتهاد الإمام الشافعي على هذا الوجه أيضاً (البحر في الدعوى والهندية في الباب السادس).

ثالثاً، إذا كان لأحد على آخر عشرة دنانير فأخذ شخص من المديون عشرة دنانير وسلمها إلى الدائن بقصد المساعدة له فلكون الأخذ معيناً على استيفاء الحق فلا يكون الشخص المذكور غاصباً وضامناً على القول المفتى به (البحر في الدعوى والخانية).

رابعاً، من توفي مديوناً بعشرة دنانير لأحد فلو أخذ دائنه عشرة دنانير من شخص مديون فللمتوفي بمثلها يقصد استيفاء دينه فلا يعد ذلك الشخص غاصباً. لأن أخذ ذلك الشخص بإذن الشرع. وما أخذه مضمون فوقع التقاص بالدين (الخانية).

٣ ـ بدون إذنه: والمراد من الإذن المنفي أعم من الإذن صراحة أو دلالة أو عادة يعني يجب ألا يكون إذن لصاحب المال بأخذ المال صراحة أو دلالة أو عادة. ويستفاد من هذا التعبير إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة.

لأن اليد لا تكون مبطلة ما لم يكن الأخذ بلا إذن المالك فعليه يخرج بهذا التعبير أولاً، الوديعة والعارية اللتان تؤاخذان بإذن المالك الصريح. لأنه وإن كان في هاتين إزالة يد محقة عن المال المنقول المتقوم المحترم فهو بإذن المالك وليس فيها إثبات يد مبطلة (الطحطاوي).

وكذا أخذ الرهن، والهبة، والمبيع، والمأجور، ومال المضاربة، ومال الشركة، وما اشبه ذلك من الأموال فهي خارجة عن التعريف. لأن أخذ هذه الأشياء مستند إلى عقد مشروع.

ثانياً ـ وما يؤخذ بإذن المالك دلالة في المسائل الآتية يخرج أيضاً من تعريف الغصب. لأن الإذن

دلالة كالإذن صراحة كما هو مذكور في المادة (٧٧٢) . وما لم يقع تصريح يخالف الإذن الثابت دلالة فذلك الإذن دلالة واجب الاعتبار (الهندية في الباب الثالث) .

المسألة الأولى ـ إذا غاب أحد أصحاب الحيوان المشترك على ما هو مذكور في المادة (١٠٨٠) . واستعمله صاحب الحصة الحاضر فيما لا يختلف باختلاف المستعملين كتحميله حملاً وحراثة الأراضي بقدر حصته فلا يكون غاصباً لحصة الشريك الغائب . لأنه يعد أن للغائب في هذا رضاً.

المسألة الثانية ـ لو دخل أحد داراً بإذن صاحبها وشرب من كأس موجود هناك فوقع وهو يشرب به من يده فانكسر فبما أنه يوجد إذن دلالة بالشرب بالكأس المذكور فلا يلزم الضمان (الخانية في الغصب)

المسألة الثالثة ـ لو أرسل أحد آخر للمرعى لإحضار دوابه منه فأخذ الرسول فرس المرسل وركبه وذهب إلى المرعى وتلف الفرس فإذا لم تكن بين الرسول والمرسل كلفة فلا يلزم الضمان وإلا كان ضامناً (البزازية في الغصب والهندية في الباب الرابع عشر) .

المسألة الرابعة، لو نسي الضيف عند سفره شيئاً في بيت مضيفه فلحقه المضيف بالأشياء المتروكة فاغتصبها منه غاصب فإذا كان الغصب في داخل المدينة يعني قبل أن يخرج المضيف به من المدينة فلا يلزمه الضمان. أما إذا اغتصب منه خارج المدينة فيضمن المضيف بدلها لضيفه (البزازية في الغصب والهندية في الباب الرابع عشر).

المسألة الخامسة ـ لو خبزت المرأة الدقيق الذي أحضره زوجها خبزاً بدون أمر صريح منه أو طبخت اللحم الذي اشتراه بلا أمر صريح أيضاً كان الخبز والطعام للزوج وليس للزوجة اجرة في مقابل عملها (علي أفندي) ولا يقال ان الزوجة تملك ذلك حسب المادة (٨٩٩) بتغير اسم الدقيق واللحم لأن الزوجة كانت مأذونية دلالة بصنع ذلك .

المسألة السادسة ـ للأب إذا مرض ابنه والابن إذا مرض أبوه أن يأخذ كل منهما من مال الآخر بلا إذنه الأشياء اللازمة للمريض من ماله لأن الإذن ثابت باعتبار العادة فيما يحتاج إليه من الطعام والدواء فصار كالمصرح به كذلك لو مرض أحد رفقاء السفر في الطريق جاز أن يشتري الباقون للمريض ما يلزمه لأن الرفيق بالسفر بمنزلة الأهل والعيال.

المسألة السابعة ـ لو أنفق المستودع الوديعة في صحراء على الأشخاص المذكورين في المادة (٧٩٩) ولم يكن في الإمكان أخذ رأي القاضي جاز ولا يكون المستودع غاصباً.

المسألة الثامنة ـ إذا توفي في السفر بعض الرفقاء فيبيع من بقي في الحياة منهم أمتعة المتوفي ويجهزونه ويكفنونه من ثمنها ويردون الباقي إلى ورثته . أنظر شرح المادة (٩٦) .

المسألة التاسعة ـ إذا لم يكن لمسجد حي من الأحياء متول فاشترى أحد من ذلك الحي شيئاً لازماً للمسجد كالحصير من غلة أوقاف المسجد فلا يضمن ديانة أما حكماً فيضمن .

المسألة العاشرة ـ لو أنفق الورثة الكبار على الورثة الصغار من التركة وليس للصغار أوصياء فلا يضمنون ديانة. أما قضاء فيلزم الضمان ويكونون متبرعين له في الإنفاق.

المسألة الحادية عشرة ـ إذا كان الوصي يعلم بأن المتوفي مديون لزيد فله إيفاء الدين ولو لم تكن الورثة والقاضي عالمين بذلك. لكن يلزم الضمان قضاء (الطحطاوي قبيل فصل العيب).

المسألة الثانية عشرة ـ اللقطة، أنظر شرح المادة (٧٦٩).

ثالثاً، ويستبان أن المسائل الآتية غصب من تعبير بدون الإذن المذكور:

المسألة الأولى، لو أخذ أحد نقود الآخر بدون إذنه بطريق المزاح كان ذلك غصباً. أنظر شرح المادة (٢) البهجة وهكذا يستفاد من الحديث الشريف الذي سيذكر في شرح المادة (٨٩٠).

المسألة الثانية، لو أخذ أحد الثوب الذي على السكران النائم الذي لا يعقل أو الذي تحت رأسه أو الخاتم الذي في اصبعه أو الدراهم التي في محفظته لأجل الحفظ من الضياع كان غاصباً، لأن هذه الأموال كانت محفوظة لصاحبها. أما لو أخذ الثوب الساقط في الطريق لأجل الحفظ فلا يكون غاصباً وضامناً. أنظر شرح المادة (٧٦٦) (البزازية، والخانية في الغصب).

المسألة الثالثة، لو وضع المستودع ثيابه في صرة الأمتعة المودعة ولما أخذها المودع ولم يعلم عند أخذه هذه الصرة أن فيها ثياباً للمستودع وتلفت كان المودع ضامناً ثياباً للمستودع. لأنه قد أحضر مال الغير لنفسه على أنه وإن أخذه جهلاً فالجهل غير معدود من الأعذار (البزازية وتكملة رد المحتار والهندية في الباب الرابع عشر).

المسألة الرابعة، لو بعث أحد رسولاً ليحضر له الثياب التي بعث بها للقصار فأعطاه القصار سهواً ثياب آخر وتلفت في يده فصاحب الثياب مخير إن شاء ضمن الرسول وإن شاء ضمن القصار أما لو أعطى القصار ثوبه للرسول فلا ضمان على الرسول (البزازية).

المسألة الخامسة ـ لو دخل أحد دكان قزاز وأخذ كأساً ليراها بلا إذن فوقعت من يده فانكسرت كان ضامناً (الخانية في الغصب).

المسألة السادسة ـ لو قاد أحد دابة آخر أو رأى حيوان آخر وهو يأكل زرعه فأمسكه وحبسه فتلفت كان ضامناً سواء أكان تلفه من جراء ذلك أم بسبب آخر أما لو ضاع بعد أن أخرجه من زرعه فلا يلزمه ضمان إذا اكتفى بإخراجه من زرعه فقط. أما لو ساقه بعيداً بعد أن أخرجه من زرعه كان ضامناً ويجري الحكم المذكور في إخراج الحيوان من زرع الغير أيضاً (جامع الفصولين).

الاختلاف في الإذن: لو ادعى أحد بعد أن تصرف في مال آخر أن تصرفه هو بإذن صاحب المال وأنكر المالك ذلك الإدعاء كان القول للمالك لأن السبب الموجب للضمان موجود ما لم يثبت الإذن.

مثلاً: لو ادعى أحد بعد أن ذبح فرس آخر أنه ذبحها بأمر صاحبها وأنكر صاحبها ذلك الإدعاء

كان القول لمنكر الأمر.

لكن إذا توفيت الزوجة بعد أن تصرف الزوج في مالها وادعى الورثة ان الضمان لازم لتصرفه بلا إذن وادعى الزوج أنه تصرف بالأمر والإذن واختلفا في ذلك فالقول للزوج لأن ظاهر الحال شاهد للزوج حيث ان تصرفات الزوج على هذا الوجه في مال زوجته إنما يكون بإذنها ويكفي ظاهر الحال للدفع.

مثلاً لو توفت الزوجة بعد أن أقرض نقودها لآخر فادعى الورثة قائلين إنك تصرفت وأقرضت بلا إذن فأنت ضامن وادعى الزوج قائلاً إني تصرفت بإذن زوجتي فالقول للزوج لأن ظاهر الحال في ذلك شاهد للزوج وظاهر الحال يكفي للدفع (الدر المختار ورد المحتار والطحطاوي).

٤ ـ المتقوم: وهو المال المحرز الذي يباح الانتفاع به شرعاً فيخرج من التعريف الأشياء التي كالعشب النابت بنفسه والأشجار التي في الجبال المباحة وما لا يباح الانتفاع به للمسلم كالخمر والخنزير فعليه لو أخذ أحد العشب النابت بنفسه في أرض أخرى فلا يكون غاصباً وضامناً لأن العشب المذكور مباح أنظر المادة (١٢٥٧).

فلذلك لو أخذ شخص خمر مسلم فيلزمه رده عيناً إذا كان موجوداً أما إذا أتلفه فلا يضمن بدله.

حتى لو كسر الإناء لاراقة خمر المسلم وكان لا تمكن إراقته بدون كسر الإناء فلا يلزم ضمان الإناء لكن إذا كانت إراقته ممكنة بلا كسر الظرف يلزم عند الإمام محمد الضمان.

وأما إتلاف خمر غير المسلم فموجب للضمان. لأن الخمر يتقوم في الشريعة العيسوية. وكما أن الخمر كان متقوماً في الشرائع الأولى فقد كان في أوائل ظهور شريعتنا متقوماً أيضاً ثم أفسد بعد ذلك الشرع الشريف تقومها (الطحطاوي) أي أنه حرم مؤخراً بآية ﴿رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾. وعليه لو أتلف غير مسلم خمر غير مسلم لزمه إعطاء مثله لكن إذا اتلفها المسلم كانت مضمونة بقيمتها. لأن المسلم لا يشتري الخمر ولا يتملكها حتى يمكنه إعطاؤها (الكفاية بتصرف) أنظر المادة (٢١١).

والحكم في الخنزير على هذا الوجه أيضاً فهو بالنسبة إلى المسلم غير متقوم (الطحطاوي).

٥ ـ محترم: هو الشيء الذي يحرم ويمنع أخذه بلا سبب شرعي. وبهذا يخرج مال الحربي أي إذا حاربت جنود المسلمين جنود العدو فتمت لها الغلبة عليه وافتتحت بلاده فبها أن أخذ ما يقع في اليد من الأموال والغنائم في البلاد المفتوحة جائز فلا يكون الأخذ المذكور غصباً لأن الأموال المذكورة ليست محترمة (العناية والقهستاني).

٦ ـ المال: يخرج بذلك أخذ ما ليس بمال. ولا يكون أخذ ذلك غصباً.

مسائل متفرعة عن هذا:

أولاً، ولا يعد غصباً أخذ الرجل الحر والجيفة يعني الدابة التي تموت حتف أنفها[١] وحبة من الحنطة وقطرة من ماء وملء كف من تراب. وأخذ هؤلاء قد بقي خارجاً عن التعريف.

ثانياً، لو كسر أحد جوزاً لآخر أو بيضاً له ثم ظهر أن داخلها فاسد فلا يلزم ذلك الشخص شيء لأنه قد ظهر أن ما استهلكه ذلك الشخص ليس مالاً (الهندية في الباب الثاني) كذلك لو ترك أحد وهو يذبح لآخر شاة التسمية عمداً وأتلفها على هذه الصورة فلا يضمن (الهندية قبيل الباب الرابع من الغصب).

ثالثاً، لو غصب أحد آخر حراً فمات المغصوب وهو في يد الغاصب بسبب لا يختلف باختلاف الأمكنة فلا يلزم الغاصب ضمان الدية. سواء أكان المغصوب صغيراً أم كبيراً. لأن ضمان الغصب يقتضي التمليك. أما الخمر فليس بصالح للتمليك (الهندية في الباب الثالث عشر من الغصب) كذلك إذا وجدت صفة غير متقومة ومحرمة في المال المتلف وإن كان نفس المال مضموناً فتكون تلك الصفة المحرمة غير مضمونة كما لو غصب أحد كبش آخر النطوح أو ديكة المقاتل وأتلفه فيضمن نفس الكبش والديك ولا يضمنه بصفته نطوحاً أو مقاتلاً. لأن هذه الصفة لم تكن مشروعة بل كانت محرمة وغير متقومة.

كذلك لو هدم أحد حائط لآخر مصبوغاً ومرسوماً عليه صور التماثيل ذوي الأرواح ضمن قيمة الحائط مصبوغاً غير مصور. لأن تماثيل كهذه منهي عن مثلها في الدار. لكن إذا لم يكن للتماثيل رؤوس ضمن قيمتها مصورة على تلك الحالة (الهندية في الباب الرابع من الغصب).

رابعاً، ويخرج بتعبير المال المنفعة (الطحطاوي). إذ قد بين في كتاب الإجارة المباحث المتعلقة بغصب المنفعة. لكن لو غصب المسلم موقوذة المجوسي وأتلفها كان ضامناً على القول الصحيح (الهندية في الباب الرابع عشر من الغصب).

خامساً، لو غصب أحد من آخر حبة واحدة من الحنطة فكما أنه لا يطلب منه شيء فلو كسر أحد بيضاً لآخر أو جوزاً له فظهر أن داخله فاسد لا يصلح لشيء فلا يلزم ضمان (الهندية).

سادساً، لو غصب كل واحد من عدد كبير من الناس من أحد حبة حنطة وبلغ المغصوب كيلة حنطة فإذا ادعى المغصوب منه عليهم جميعاً معاً فيضمنهم أما إذا ادعى على كل منهم بمفرده فلا يلزمه ضمان وعلى ذلك لا تسمع الدعوى أنظر المادة (١٦٣٠) (الخانية).

سابعاً، إذا أخذ أحد من أرض آخر تراب لا يلزم الضمان إذا كان ليس لذلك قيمة في ذلك الموضع ولم تنقص بأخذه قيمة الأرض (الخانية في الغصب).

٧ ـ على سبيل الجهر: وتخرج السرقة بهذا القيد من تعريف الغصب لأنه يعتبر في الغصب الجهاد وفي السرقة الاستسرار فلذلك لزم علاوة القيد المذكور لإخراج السرقة من تعريف الغصب لأن السرقة من أغيار الغصب ألا يرى أن المغصوب مضمون بعد الهلاك مع أنه تلف مقدار من المال المسروق الموجب للحد لا يلزم الضمان فعليه المال المسروق بعد الهلاك غير مضمون بخلاف المغصوب فهو مضمون ولا

(١) ـ لكن يستثنى السمك والجراد من ذلك ويعدان مالين متقومين. وكذلك لو أخذ أحد بلا إذن الحيوان الذي يموت بضربة على الرأس التي تقوم مقام الذبح ممن ينسب إلى ملة تعتقد بحل ما يموت على هذه الصورة كان غصباً (رد المحتار)

يجوز كما قال ابن كمال دخول السرقة في تعريف الغصب وعلى ذلك فقد أصبح قيد على سبيل الجهر ضرورياً لا بد منه (رد المحتار، القهستاني).

٨ ـ الأخذ: بفتح الهمزة وسكون الخاء المعجمه لغة مصدر بمعنى تحصيل شيء وضمه لنفسه ويكون أما بالتناول وأما بالقهر والغلبة.

الأخذ: شرعاً هو أن يتبع المأخوذ ليد الآخذ أي يكون بإثبات يد مبطلة فلذلك ينصرف الأخذ للمنقول لأن الذي يتبع يد الآخذ هو المنقول (العيني).

أما الغصب في العقار فغير ممكن فعليه يدل هذا التعريف أن الغصب يجري في المنقول فقط يعني أن الغصب يتحقق بالنقل. ولا يتحقق الغصب بدون النقل. لأنه لا وجود لإزالة اليد المحقة في العقار بسبب عدم إمكان نقله من محل إلى محل آخر (القهستاني).

فلذلك إذا ركب أحد بلا إذن حيواناً لآخر الواقف في مكان ونزل عنه بدون أن يصرف ذلك الحيوان من مكانه أو يحوله أو يحركه وتركه في ذلك المكان فتلف فلا ضمان عليه أما إذا تلف ذلك الحيوان وهو راكب له فيلزمه الضمان حسب المادة (٩١٢).

كذلك لو تصرف في المنقول فيتحقق الغصب بالتصرف المذكور (رد المحتار والخانية، أبو السعود المصري كذلك لو جلس أحد على بساط الآخر المفروش بدون إذن وإن كان في ذلك إزالة يد المالك فهو ليس بفعل في العين (الطحطاوي).

وقد قيد بعض الفقهاء بناء على عدم تحقق الغصب في العقار تعبير المال في تعريف الغصب بالمال القابل النقل وترك القيد المذكور في المجلة كما هو موضح آنفاً ناشيء عن كونه مفهوماً من لفظ لآخذ (التنوير).

تقسيم الأخذ: الأخذ قسمان الأول الأخذ الحقيقي وهذا يكون بأخذ المال المغصوب من يد المغصوب منه بدون اذنه.

القسم الثاني، الأخذ الحكمي كانكار المستودع الوديعة، لأن الوديعة وإن كان المستودع يأخذها بإذن صاحبها وقت الأخذ وتبقى في يده وديعة إلى زمن الإنكار وبعد ذلك تكون تلك الوديعة مغصوبة ومأخوذة بدون إذن صاحب المال حكماً. هذا إذا لم ينقلها المستودع وقت الإنكار من المحل الذي هي فيه إلى محل آخر ولم يحولها أما إذا نقلها وحولها بعد الإنكار إلى محل آخر فحينئذ يكون الأخذ حقيقياً. واستعمال الدابة التي ليست بيد مالك أو ضرب يد آخر وإطارة الطير من يده أو إسقاط اللؤلؤ منها في البحر فحكم ذلك كله من قبيل أخذ الحكم وبتعميم الأخذ على الوجه الآنف الذكر إلى الأخذ الحقيقي والحكمي تدخل المادة (٩٠١) في هذا التعريف (رد المحتار، الطحطاوي).

٩ ـ إزالة يد المالك المحقة أو قصرها: تكون إزالة اليد المحقة فيما إذا أخذ المغصوب من يد المغصوب منه وقصر اليد المحقة تكون فيما إذا أخذ المال المغصوب من مستأجر صاحبه أو مرتهنه أو مستودعه . لأن الذي يغصب الوديعة مثلاً لا يزيل يد مالكه منها إذ أن الوديعة لم تكن في يد مالكها (فتح

القدير). لكن قد قصرت لأنه قد كان المغصوب منه قادراً على أخذه من المستأجر مثلاً ومتمكناً فزال ذلك التمكن والإقتدار من المغصوب منه بغصب الغاصب.

وإزالة اليد المحقة تكون أحياناً حقيقة كأخذ المال المغصوب من يد صاحبه وتكون أخرى حكماً كما لو أنكر المستودع أو المستعير الوديعة أو العارية التي في يده فيكون قد أزال اليد المحقة حكماً (الدر المختار).

وعدم ذكر إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة في المجلة بناءً على كونه مستفاداً من عبارة (بدون إذن).

ركن الغصب، قد وقع الاختلاف في ركن الغصب بين المجتهدين. فعند الإمام الأعظم هو إزالة اليد المحقة مع اثبات اليد المبطلة. وعند الإمام محمد هو إزالة اليد المحقة فقط وعند الأئمة الثلاثة هو إثبات اليد المبطلة فقط ولنوضح الآن هذه الأمور ويلاحظ في الغصب ثلاثة أمور:

الأول، إزالة اليد المحقة مع اثبات اليد المبطلة.

الثاني، إزالة اليد المحقة بدون اثبات اليد المبطلة.

الثالث، إثبات اليد المبطلة بدون إزالة اليد المحقة.

فالأخذ إنما يكون غصباً عند الشيخين في الصورة الأولى. يعني أن ركن الغصب على هذا القول هو إزالة اليد المحقة مع إثبات اليد المبطلة. فعليه يلزم في الغصب أمران:

أولهما، إزالة اليد المحقة بفعل واقع في عين المقصود أي إزالة يد واضع اليد بحق يعني صاحب المال عن ذلك المال.

ثانيهما، إثبات اليد المبطلة أي وضع اليد على المال المذكور بغير حق وقد اتفق الفقهاء على أن كل أخذ يكون فيه إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة معاً هو غصب موجب للضمان.

مثلاً: لو ركب أحد دابة آخر بلا إذنه وقصد إلى جهة أو حمل عليها حملاً فيكون قد غصب الدابة المذكورة كذلك لو ركب أحد دابته المشتركة مع آخر بلا اذن الشريك كان غاصباً وضامناً في حصة الشريك. لأن في ذلك إزالة يد محقة وإثبات يد مبطلة (رد المحتار).

إزالة اليد المحقة، تكون بإزالة تصرف المالك من ملكه بفعل واقع في عين المغصوب كما هو موضح نفاً، ويخرج بهذا القيد سبع مسائل آتية من تعريف الغصب.

أولاً، المال الذي يرافق المغصوب منه بدون صنع الغاصب لا يعد مغصوباً.

مثلاً، لو غصب الغاصب فرساً فتبع الفرس مهرها أو دابة أخرى وافترسته الذئاب في الطريق فلا يلزم ضمان التابع على ما هو مذكور في المعراج (البزازية).

هذا إذا لم يكن الغاصب قد ساقه. لأنه ليس في ذلك صنع وفعل من الغاصب وعند بعض الفقهاء يلزم الضمان أيضاً. لأن هذا المهر يساق لسوق الفرس فقط (رد المحتار، الهندية).

ثانياً، لو أبعد أحد آخر عن مواشيه فضاعت المواشي المذكورة فلا يكون غاصباً وضامناً المواشي.

لأنه ليس للغاصب في هذا فعلاً وصنعاً كما أنه لم يثبت الغاصب على المواشي المذكورة يداً مبطلة (رد المحتار).

ثالثاً، ويبقى العقار على ما هو موضح في شرح المادة(٩٠٥) خارجاً عن تعريف الغصب. لأنه لا يكون غصب بدون إيقاع الفعل في المحل وهذا لا يتصور إيقاعه على هذا الوجه في العقار. لأن إزالة يد المالك من العقار تكون بإخراجه منه. وليس بفعل يحصل في العين، وبتعبير آخر أنه يحصل في العقار إزالة اليد إلا أن هذه الإزالة لا تحصل بفعل واقع في العين بل تحصل بفعل واقع على المال (الهداية في غصب العقار).

رابعاً، لو منع أحد آخر من دخول داره فسرق بعض ما فيها من الأشياء أو حبس ذلك الشخص فتلفت بعض أمواله فلا يلزمه ضمان الأشياء والأموال (رد المحتار).

خامساً، لو ركب أحد ظهر دابة آخر وقبل أن يحولها عن موضعها أو يحركها أو أن يحصل من ركوبه فجاء آخر فعقر وذبح تلك الدابة فالضمان على العاقر وليس على الراكب.

سادساً، لو نام أحد على الفراش الذي فرشه آخر أو جلس على البساط الذي بسطه فلا يكون غاصباً. لأن غصب المنقول يكون بنقله وتحويله.

سابعاً، إذا تلف بيدر الزرع الحاصل من الأرض المأجورة في مكانه بمنع المؤجر المستأجر من رفعه منها لعدم أخذه الأجر المسمى فلا يلزم الآجر ضمان. لأنه لم ينقل البيدر من مكانه ثانيها. إذا وجدت إزالة اليد المحقة ولم يوجد إثبات اليد المبطلة فلا يتحقق الغصب بذلك عند الشيخين. لكن عند الإمام محمد فتكفي إزالة اليد المحقة أي يكفي في الغصب تفويت يد المالك وتكون هذه الإزالة في المنقول بالنقل وفي العقار بالإستيلاء ويقوم ذلك مقام إزالة اليد وقد اختير في الدر المنتقى هذا القول وبين أن الضمان يدور وجوداً وعدماً على إزالة وقصر اليد وانه لا يشترط في ذلك ثبوت يد العدوان وقد رجح في القهستاني هذا القول أيضاً.

وعليه لو ضرب أحد يد آخر وكان فيها ساعة فسقطت في البحر وضاعت فلا يلزم ضمان. مع كون ذلك الشخص لم يثبت يداً مبطلة على تلك الساعة (رد لمحتار).

والمجلة وإن لم تشر إلى اختيارها أحد هذين فيفهم من كلام الفقهاء صراحة أنه يلزم في الغصب إزالة اليد المحقة مع إثبات اليد المبطلة (الطحطاوي) والأنسب في هذا الزمان قبول بيان المنتقى.

الفرق في النسب الأربع يوجد بين إزالة اليد المحقة وبين إثبات اليد المبطلة عموم وخصوص من وجه بقطع النظر عن الفعل الواقع في العين ويوجد فيهما مادة الاجتماع ومادتا الإفتراق فمادة الاجتماع، في أخذ شيء جهراً من يد المالك بلا إذن إزالة يد محقة وإثبات يد مبطلة. والإفتراق في إزالة اليد المحقة: ويوجد في زوائد المغصوب إثبات يد مبطلة على ما هو مبين في شرح المادة (٩٠٣) ولا توجد إزالة اليد المحقة فيها.

مثلاً لا يوجد في المهر الذي يتولد من الفرس المغصوبة وهي في يد الغاصب إزالة اليد المحقة لكونه

لم يؤخذ من المغصوب منه إلا أنه يوجد فيه إثبات اليد المبطلة لكون ذلك المهر متولداً من فرس المغصوب منه وهو ملكه بمقتضى المادة (١٠٨٤) فيـد الغاصب عليه تكون إثبات يد المبطلة ويكون في تبعيد المالك إزالة اليد المحقة ولا يكون فيه إثبات اليد المبطلة فعليه لو أخذ صاحب الدابة وأبعده عن دابة فيكون بذلك قد أزال يد صاحب الدابة المحقة عنها إلا أنه لم يثبت يده المبطلة عليها لعدم مساسه اياها (أبو السعود المصري).

توفيق الاختلاف:

وقد وفق بعض الفقهاء كالزاهدي بين هذا الاختلاف فقال: إن الغصب قسمان: القسم الأول الغصب الموجب للضمان وإعادة البدل. وإزالة اليد في هذا شرط بالاتفاق. القسم الثاني الغصب المستلزم الرد وإثبات اليد في هذا شرط كغصب العقار. لأن غصب العقار غير موجب للضمان عند الشيخين وإنما يستلزم الرد فقط (رد المحتار، القهستاني، والطحطاوي).

بما أنه قد صار إيضاح اثنين من الثلاثة اشياء التي تلاحظ في الغصب فقد جاء الآن الدور لشرح الثالث. لا يتحقق الغصب عند الأئمة الحنفية بإثبات اليد المبطلة فقط يعني بدون إزالة يد محقة (أبو السعود المصري). أما الأئمة الثلاثة فقد اعتبروا إثبات اليد المبطلة فقط وقالوا بتحقق الغصب بذلك فعلى ذلك لا يشترط إزالة يد المالك لتحقق الغصب بل يكفي إثبات يد العدوان.

ثمرة الاختلاف: وتظهر ثمرة الاختلاف في زوائد المغصوب (الكفاية) فعليه لو تلفت زوائد المغصوب في يد الغاصب بلا تعد ولا تقصير كما سيوضح في شرح المادة (٩٠٣) فلا يلزم الضمان عند الأئمة الحنفية لأنه ليس في هذا إزالة يد محقة مثلاً، إن ولد الدابة المغصوبة الموجود وهي في يد الغاصب وإثمار البستان المغصوب التي تحصل وهو في يد الغاصب ليست بمغصوبة شرعاً لأن المالك لما لم تكن يده ثابتة على هذه الأشياء فلم يزل الغاصب يد الملك عنها. أما عند الأئمة الثلاثة فتكون مضمونة ولو تلفت بلا تعد. لأن الغاصب قد أثبت عليها يداً مبطلة (نتائج الأفكار، ورد المحتار). والزوائد المذكورة وإن لم تكن مضمونة وتلفت بعد المنع والامتناع عن تسليمها بعد الطلب لزم الضمان بالإجماع (الطحطاوي). كذلك جلوس شخص بلا إذن على فراش فرشه المالك أو النوم عليه ليس بغصب عند الأئمة الحنفية بسبب عدم وجود إزالة يد محقة (الطحطاوي).

فعليه لو تلف ذلك الفراش بدون فعل ذلك الشخص لا يلزمه ضمان لأن البسط من فعل صاحب المال وتبقى يد صاحب المال عليه ما دام أثر فعله موجوداً في المال فلا يكون بالنوم عليه قد أخذ المال أي لا تكون أزيلت عنه اليد المحقة أما الأئمة الثلاثة فقد قالوا بالغصب (مجمع الأنهر، نتائج الأفكار، الهندية) وترد على تعريف الغصب الأسئلة الآتية ويجاب عليها.

السؤال الأول، يلزم الضمان في بعض المواضع مع عدم وجود إزالة يد محقة فيكون تعـريف الغصب أي كون إزالة اليد المحقة عليه للضمان مزيفاً (العيني) ونذكر بعض المواضع المذكورة فيما يلي: أولاً، غاصب الغاصب مع كونه لا يزيل اليد المحقة أي يد للمالك بل يزيل اليد التي أزالت يد

المالك فهو ضامن حسب المادة (٩١٠).

ثانياً، الملتقط: إذا ترك الملتقط حين الأخذ والرفع الأشهاد مع اقتداره على ذلك لزمه الضمان حال كون الملتقط لم يزل يد أحد أنظر شرح المادة (٧٦٩).

ثالثاً، يلزم ضمان الأموال التي أتلفت تسبباً. كما لو حفر أحد بئراً في مكان ليس له الحفر فيه فسقط فيه حيوان أحد وتلف لزم الضمان. مع كون الغاصب لم يأخذ الحيوان المذكور حتى يكون غصباً أنظر المادة (٩٣٤).

رابعاً، لو غصب أحد العجل واستهلكه وجف لبن الأم لزم ضمان العجل مع نقصان الأم. والحال أن الغاصب وإن لم يوقع في الأم فعلاً فقد أوجب هلاك العجل النقصان في البقرة (الخانية).

خامساً، لو قتل أحد آخر في المفازة وتركه فيها مع ماله وتلف ماله لزم القاتل ضمان المال (الطحطاوي) وأفتى ظهير الدين أنه لا يضمن (الهندية في الباب الرابع عشر).

الجواب، إن لزوم الضمان في هذه المسائل لم يكن لتحقق الغصب وإنما هو ناشيء عن وجود التعدي لأنه لو كان حكم الشيء الذي لم يغصب مساوياً لحكم الغصب لدخل في الغصب كجحود الوديعة التي ليس فيها أخذ أو نقل. أنظر المادة (٩٠١) (رد المحتار).

والحاصل أن الغصب المعرف بهذا التعريف يوجب الضمان مطرداً ولا محالة يعني لا يتخلف مطلقاً. لكن ليس كل فعل أوجب الضمان يكون غصباً. لأن الضمان حكم نوعي ويثبت ذلك الضمان بعلة لكل شخص فكما أن الضمان يثبت بالغصب يثبت أيضاً بالتعدي والجناية. لو غصب أحد فرس الآخر وتلف في يده لزم ذلك الشخص الضمان بسبب الغصب. ولو أتلف أحد فرس الآخر وهو في يده لزمه الضمان بسبب اتلافه. كذلك لو أتلف أحد زوائد المغصوب الحاصلة في يد الغاصب لزم الضمان بالاتفاق. مع كونه لم تكن يد المالك ثابتة فيه حتى يمكن الغاصب أن يزيلها (نتائج الأفكار، والعيني).

سؤال ثان، يلزم الضمان في مال الوقف إذا غصب وأتلف مع أن الوقف ليس بمملوك والحال يخرج الوقف عن الغصب بقيد المال الموجود في التعريف ويصبح التعريف غير جامع لأفراده.

الجواب على ذلك على وجهين: الوجه الأول ليس المقصود من المال ملك المالك حصراً بل المالك لعين المغصوب هو منفعته أو المقتدر على التصرف في عين المغصوب فعلى ذلك يدخل غصب مال الوقف في التعريف ويرد السؤال المذكور (رد المحتار).

الوجه الثاني، الوقف ملك أيضاً لأنه عند الإمام الأعظم باق في ملك الواقف. أما عند الإمامين فقد زال عنه ملك الواقف وبقي محبوساً ملكاً لله. (فتح القدير).

سؤال ثالث، قد بين في المواد (٧٢٨ و ٧٤١ و ٧٧٧ و ٧٧٩ و ٧٨٧) وشروحها أنه تجري في بعض مسائل الرهن والوديعة والعارية أحكام الغصب فعلى ذلك وبدخول المسائل المذكورة في تعريف الغصب يصبح التعريف المذكور غير مانع لا غياره.

الجواب، إن الوديعة والرهن والعارية في الأحوال المذكورة تخرج عن كونها وديعة ورهناً وعارية وتصبح مغصوبة فلذلك لا ينتقض التعريف بها أنظر المادة (٩٠١). كذلك الشراء الفضولي وإن ذكر في

البيع أي في المادة (٣٧٨) باعتبار خصوصية فيه فهو غصب فلو اشترى أحد مال آخر من أجنبي فضولاً وقبضه فهذا يكون مشترياً بالنسبة إلى الأجنبي البائع وغاصباً بالنسبة إلى صاحب المال (رد المحتار).

سؤال رابع، إن التعريف المذكور يصدق على صورة أخذ المشتري المبيع بالإكراه فلا يكون مانعاً لا غياره.

جواب، يوجد في هذه الصورة إذن لكن الإذن المذكور بالإكراه. وعليه فبما أن الصورة المذكورة تبقى خارجة عن التعريف بقيد (بدون إذن) الواردة فيه فيكون مانعاً لإغياره أيضاً.

سؤال خامس، إن التعريف المذكور يصدق على صورة أخذ الشفيع المبيع بالشفعة قضاء فلا يكون مانعاً لاغياره.

جواب، المقصود من المال الواقع في التعريف هو المال المنقول. والشفعة فليست جارية في المنقول فعليه يندفع هذا السؤال بتعبير المال. وقد أجيب في الدر المنتقى على هذا أن المشتري ليس مالكاً للمبيع المشفوع حقيقة بل الشفيع هو المالك. فعليه تخرج الصورة المذكورة من التعريف بتعبير (مال أحد فيكون مانعاً لاغياره انتهى) وفي هذا الجواب نظر لأن الملك يتم للمشتري كما هو مصرح في المادة (٣٦٩) وينتقل الملك المذكور للشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي.

وعلى ذلك فكيف يقال ان المشتري غير مالك للمشفوع ولعل مراده أنه ليس مالكاً ملكاً مستقراً

شرط الغصب، أن يكون المغصوب عبارة عن المال المتقوم المحترم المنقول (أبو السعود المصري، الهندية في الباب الأول).

محاسن الغصب، محاسن الغصب من حيث ترتيب الأحكام وليس من حيث الإقدام عليه كما في الجنايات والديات. والمقصود من بيان كتاب الغصب في هذه الصورة هو عبارة عن تفصيل الحكم المترتب على الغصب وليس في الغصب حسن وطاعة لعدم وجود الاباحة فيه (فتح القدير).

﴿المادة ٨٨٢﴾-(قيمة الشيء قائماً هي قيمة الأبنية أو الأشجار حال كونها قائمة في محلها وهو أن تقوم الأرض مرة مع الأبنية أو الأشجار ومرة تقوم وهي خالية عنها فالتفاضل والتفاوت الذي يحصل بين القيمتين هو قيمة الأبنية أو الأشجار قائمة).

وهذا التفاضل يكون دائماً في صورة تقويم الأرض مع الأبنية أو الأشجار.

مثلاً لو كانت قيمة الأرض التي بني عليها والبناء موجود فيها ثمانية الاف قرش أي قيمتها مع البناء وقيمتها بدون البناء خمسة آلاف قرش فتكون قيمة ذلك البناء قائماً ثلاثة آلاف قرش أنظر المادة (٩٢٠).

ويفهم من هذا التعريف أن عبارة القيمة قائمة تستعمل في البناء والشجر معاً وإن يكن قد استعملت الكتب الفقهية عبارة (قيمته نابتاً) أيضاً فالتعبير المذكور خاص بالشجر فقط وبما أن المجلة لم تستعمله فلم يعرف هنا أنظر شرح مقدمة هذا الكتاب.

فالقيمة المذكورة في هذه المادة أكثر من القيم المبينة في المادتين (٨٨٤ و ٨٨٥) الآتيتين.

سؤال، مع أن تقويم الأشجار أو الأبنية على أنها قائمة في الأرض فقط كافياً للعلم بقيمتها قائمة فما السبب في التقويم المبين في المجلة؟

الجواب، فما أن الأبنية والأشجار كما هو موضح في شرح مادتي (٢٢٦ و ٢٣٤) من قبيل الأوصاف ولا يكون للوصف قيمة أصالة وبالذات .

﴿المادة ٨٨٣﴾ - القيمة مبنياً هي قيمة البناء قائماً .

أي تقوم الأرض مرة هي والبناء وأخرى خالية منه فما كان بين القيمتين من تفاصيل وتفاوت هو قيمته مبنياً .

قيمته قائماً، بما أنه يستعمل عبارة قيمة الشيء قائماً في الأبنية وفي الأشجار معاً كما ذكر ذلك في شرح المادة الآنفة. فلذلك أصبحت هذه المادة مستغنى عنها بتلك المادة. أنظر المادتين (٩٠٥ و٩١٨) .

﴿المادة ٨٨٤﴾ القيمة مقلوعاً هي قيمة إنقاض الأبنية بعد القلع أو قيمة الأشجار المقلوعة

إنقاض بكسر النون وبضمها وبسكون القاف جمع نقض ويقال للشيء الخرب والمهدوم نقض بمعنى منقوض .

يفهم من هذه المادة أن تعبير «قيمته مقلوعاً» يستعمل في الأبنية والأشجار معاً (الدرر، عبد الحليم) .

الفرق ظاهر بين قيمته مبنياً وقيمته مقلوعاً . لأن قيمته مبنياً تزيد عن قيمته مقلوعاً بأجرة البناء . وقيمته مقلوعاً أقل من القيمة المذكورة في المادة (٨٨٢) وأكثر من القيمة في المادة الآتية .

﴿المادة ٨٨٥﴾ - (قيمته مستحقاً للقلع هي القيمة الباقية بعد تنزيل اجرة القلع من قيمة المقلوع) .

وتنقص قيمته مستحق القلع عن قيمته مقلوعاً بأجرة القلع (الهداية) لأن المؤونة **والأجرة قد** صرفت في أمر قلع المقلوع وليس للقائم (القهستاني) . وعليه فقيمة المقلوع بسبب القلع تزيد عن قيمة مستحق القلع باجرة القلع (الكفاية) ويطلق على قيمة مستحق القلع قيمة المأمور بالقلع .

وهذه القيمة تعين على الوجه الآتي فتقوم الأرض مرة خالية من الأبنية والأشجار وأخرى تقوم باعتبار الأبنية والأشجار المستحقة القلع وما بين القيمتين من التفاضل تكون قيمة الأبنية والأشجار على أنها مستحقة القلع (الطحطاوي) .

مثلاً لو فرضنا أرضاً تساوي مائة دينار خالية من الشجر وقيمة الأرض مع الأشجار أو الأبنية باعتبار أنها مستحق للقلع مائة وخمسين دينار فتكون الخمسون ديناراً الفرق بين القيمتين هي قيمة

الأشجار أو الأبنية مستحقة القلع وهي قائمة في الأرض (القهستاني والكفاية) وعليه لو كانت قيمة العرصة فقط في هذه الصورة مائة دينار وقيمة الأشجار أو الأبنية المقلوعة عشرة دنانير وأجرة القلع ديناراً واحداً فتكون قيمة العرصة مع قيمة الأبنية أو الأشجار مستحقة القلع مائة وتسعين ديناراً فإذا كان قلع ما أحدثه الغاصب في الأرض المغصوبة من الأبنية أو الأشجار مضراً بالأرض فللمغصوب منه أن يؤدي قيمتهما مستحق القلع وأن يضبطهما ويدفع صاحب الأرض في مثالنا هذا للغاصب بدل الأبنية أو الأشجار ويبقيهما في أرضه (رد المحتار).

وقد عرفت المجلة أولاً في المادتين (٨٨٢ و ٨٨٣) كثير القيمة وثانياً في مادة (٨٨٤) متوسط القيمة وثالثاً في مادة (٨٨٥) قليل القيمة نازلة من الأعلى إلى الأدنى.

﴿المادة ٨٨٦﴾ نقصان الأرض هو الفرق والتفاوت الذي يحصل بين قيمة أجرة الأرض قبل الزراعة وبين قيمة إجرتها بعدها

بما أن قوة الأرض الالبانية تتناقض بعد زراعتها فتكون اجرة الأرض بعد زراعتها أقل منها قبل زراعتها.

مثلاً لو غصب أحد عرصة آخر وبعد أن زرعها على ما هو مبين في المادة (٩٠٧) واسترد العرصة صاحبها وطلب تضمين الغاصب نقصان الأرض الطارئ بسبب زراعتها فلأجل إيجاد نقصان الأرض المترتب بسبب زراعتها غصباً فتقدر أهل الخبرة اجرتها قبل الزراعة الغاصب اياها واجرتها بعد الزراعة فتجد التفاوت والتفاضل بين الاجرتين يعني أن الاجرة التي هي القيمة قبل الزراعة وإن كانت زيادة فالاجرة التي هي القيمة بعد الزراعة أنقص منها. فالفرق والتفاوت بين الاجرتين يكونان نقصان أرض تلك العرصة.

مثلاً لو كانت الأجرة التي هي القيمة قبل الزراعة ثلثماية قرش واجرتها التي هي القيمة بعد الزراعة مائتا قرش فالمائة قرش التي هي الفرق بين الاجرتين تعد نقصان الأرض (الشرنبلالي).

وفي هذه الصورة إذا لم يكن بين الأجرتين فرق وتفاوت أو كانت الأجرة التي هي القيمة بعد الزراعة أزيد من الاجرة التي هي القيمة قبلها فلا يكون نقصان أرض.

مثلاً لو كانت الأرض المملوكة المغصوبة محتاجة للتطهير فطهرها وأصلحها الغاصب حين زراعته لها ولم تنقص بعد الزراعة اجرتها أو زادت عما كانت عليه فبما أنه لا يحصل على هذا التقدير نقصان فلا يلزم الغاصب الزارع ضمان نقصان الأرض.

وتقدير نقصان الأرض بالاستئجار على الوجه المذكور هو قول بعض الفقهاء وقد اختارته المجلة لإفتاء مشايخ الإسلام به (الفيضية، والنتيجة).

وعند البعض الآخر من الفقهاء يقدر نقصان الأرض بالشراء. فنقصان الأرض: هو الفرق والتفاوت الذي من قيمة الأرض التي هي الثمن قبل الزراعة وقيمتها التي هي الثمن بعدها.

وقد رجح بعض الفقهاء كالزيلعي هذا القول الثاني لكون الاعتبار بقيمة العين وليس ببدل المنفعة

وأنه الأقيس إلا أن المجلة قد اختارت القول الأول لإفتاء مشايخ الإسلام (أبو السعود والخانية والكنز).

﴿المادة ٨٨٧﴾ - (الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر).

أي الإتلاف الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال فعل آخر.

مثلاً لو ضرب أحد فرس آخر فمات فيكون قد أتلفه مباشرة. كذلك لو أحرق أحد دار آخر فيكون ذلك الشخص قد أتلف الدار المذكور مباشرة.

وللإتلاف مباشرة مثال آخر مذكور في المادة الآتية:

﴿المادة ٨٨٨﴾ - (الإتلاف تسبباً هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب فعليه إن قطع حبل قنديل معلق هو سبب مفض لسقوطه على الأرض وانكساره فالذي قطع الحبل يكون أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً).

وكذلك إذا شق أحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً فعليه لو حفر أحد في الطريق العام بئراً بلا اذن ولي الأمر فسقطت فيه دابة وتلفت فيكون ذلك الشخص قد اتلف الدابة المذكورة تسبباً لأنه بذلك يكون قد أحدث أحد في شيء أي الطريق العام شيئاً آخر أي أحدث عملاً يفضي لتلف الحيوان على جري العادة أي أحدث بئراً.

كذلك إن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره على جري العادة ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً ويضمن كليهما.

وكذلك إذا شق أحد ظرفاً فيه سمن وبدون أن يمس السمن سال السمن من ذلك الشق وتلف فيكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً. وتضمن الإثنين أيضاً.

لأن المائع الذي في الظرف لم يقف بنفسه وهو ممسوك بالظرف فيكون بشقه الظرف كأنه قد صب ذلك السمن بالذات كذلك إذا كان ما في الظرف جامداً ولم يسل بشق الظرف وإنما سال وتلف بسبب إذابة الشمس اياه بعد الشق فيلزم الضمان على ما هو مبين في الخانية. إلا أنه إذا شق أحد الظرف ولم يسل السمن منه فجاء آخر وحركه فسال السمن من جراء ذلك التحريك وتلف لزم الضمان على الشخص الأخير أنظر المادة (٩٠).

ويفهم من الإيضاحات السالفة أنه كما يوجد في فعل واحد تسبب ومباشرة بوجود تسبب فقط من دون مباشرة. كذلك يوجد مباشرة بدون تسبب على ما هو مذكور في المثال الوارد في شرح المادة الآنفة (رد المحتار).

﴿المادة ٨٨٩﴾ التقدم هو التنبيه والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وإزالته قبل وقوعه

يعني دفع الضرر الملحوظ وقوعه في حق نفس الإنسان.

مثلاً، يحصل التقدم لدفع الضرر الملحوظ وقوعه من انهدام حائط مائل إلى دار الجار وآيل إلى الانهدام بقول صاحب الدار لصاحب الحائط اهدم حائطك لأنه مائل إلى الإنهدام أو مخوف أو متصدع.

ولا يحصل التقدم بالألفاظ الدالة على المشورة والنصيحة كقولك بما أن حائطك مائل إلى الانهدام فالذي يليق بك هدمه.

ويلزم شرطان ليكون التقدم معتبراً:

الشرط الأول، أن يكون الضرر في حق نفس الآدمي يعني يجب أن يكون الضرر مؤدياً ومستلزماً تلف نفس الإنسان، أما إذا لم يكن مضراً بنفس الإنسان وكان مما يضر بالأموال فقط فالتقدم في هذا الخصوص ليس صحيحاً ولا معتبراً كما سيبين أيضاً في المادة (٩٢٩) فتفصيلات هذا التقدم تأتي في شرح المادة (٩٢٨).

الشرط الثاني، يجب أن يكون وقوع الضرر ملحوظاً وقد أشارت المجلة إلى هذا بقولها الضرر الملحوظ أما إذا لم يكن وقوع الضرر ملحوظاً فلا يصح التقدم حينئذ. فالتقدم لحائط صحيح وسالم وغير مائل إلى الإنهدام ليس صحيحاً لأن الضرر فيه غير ملحوظ. أنظر شرح المادة (٩٢٨).

(الطريق العام والخاص) فالطريق العام بما أن المادة (٩٢٦) تكون موضوع بحثه فيقتضي هنا تعريفه الطريق العام، الذي يمر منه أقوام غير محصورين ويكون نافذاً وغير نافذ. أما الطريق الخاص فهو الطريق المملوك وهذا يكون أيضاً نافذاً وغير نافذ (رد المحتار).

الباب الأول

في الغصب ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الأول

في بيان أحكام الغصب وأركانه وشرائطه ومحاسنه

حكم الغصب: للغصب حكمان.

الحكم الأول، الحكم الدنيوي وهو عبارة عن ثلاثة أشياء: الأول، رد العين في بعض الأحوال يعني تعين رد عين المغصوب للمغصوب منه وإعادتها إليه. والثاني، تعين ضمان البدل والثالث. تخيير المغصوب منه بين أخذه عيناً وطلبه بدلاً. وعليه فللمال المغصوب تسعة أحوال.

الحال الأول، كون المال المغصوب موجوداً في يد الغاصب ومكان الغصب عيناً. وحكم هذا عبارة عن رد المغصوب عيناً في مكان الغصب. أنظر المادة (٨٩٠).

الحال الثاني، تلف المال المغصوب بتعدي الغاصب أو بلا تعد وحكم هذا عبارة عن ضمان البدل. أنظر المادة (٨٩١).

الحال الثالث، تغير المال المغصوب في يد الغاصب بنفسه وحكم هذا عبارة عن تخيير المغصوب منه بين استرداد المغصوب عيناً أو تضمين بدله. أنظر المادة (٨٩٧).

الحال الرابع، تغيير المغصوب وهو في يد الغاصب بصورة بتغيير معها اسمه وحكم هذا أيضاً ضمان البدل. أنظر المادة (٨٩٩).

الحال الخامس، تغيير بعض أوصاف المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله عليه. وحكم هذا عبارة عن تخيير المغصوب منه بين أن يدفع قيمة تلك الزيادة ويسترد المغصوب عيناً وبين أن يضمن بدله. كما سيوضح في المادة (٨٩٨).

الحال السادس، تغييب المغصوب. وحكم هذا عبارة عن تخيير المغصوب منه بين الانتظار إلى أن يوجد المغصوب ويسترد عيناً وبين أن يأخذ بدله في الحال. أنظر المادة (٨٩١).

الحال السابع، غصب المغصوب من قبل غاصب آخر. وحكم هذا عبارة عن أن للمغصوب منه إن شاء تضمين الغاصب الأول أو الثاني وإن شاء ضمن مقدار منه للغاصب الأول والمقدار الباقي للغاصب الثاني أنظر المادة (٩١٠).

الحال الثامن، أن يطرأ نقصان على قيمة المغصوب وهو في يد الغاصب. وحكم هذا هو أنه إذا كان نقصان القيمة من تغير الأسعار فيرد الغاصب المغصوب عيناً لعدم مسؤوليته عن ذلك وإن كان ناشئاً عن استعمال الغاصب اياه برد العين مع ضمان قيمة النقصان.

الحال التاسع، تصرف الغاصب في المغصوب بوجه كبيعه من آخر ورهنه، وإيجاره، وإيداعه، وهبته وإعارته، والتصدق وتسليمه. وحكم هذا عبارة عن إجارة المغصوب منه إن وجدت شرائط الإجازة من طرف المغصوب منه وإلا فعبارة عن استرداده عيناً. وإذا تلف فهو عبارة عن تضمين بدله. وستفصل أحكامه في شرح المادة (٩١٠).

الحكم الثاني، حكم آخروي وهو عبارة عن أنه إذا أخذ المال المأجور وهو عالم بأنه مال الغير إثم واستحق عذاب النار. لأن الغصب حرام وحرمته ثابتة بالآية الجليلة والحديث الشريف «قال الله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ وقال ﷺ: «من أخذ شبراً من الأرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين.» (الهداية والعيني، والقهستاني) وقد قال عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع يوم النحر في مكة المكرمة فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلى يوم تلقون ربكم. ألا هل بلغت قالوا نعم اللهم اشهد. الحديث (الطحطاوي).

أما إذا لم يكن واقفاً على كون المال الذي أخذه مال الغير فلا يأثم كما لو أخذه ظاناً أنه ماله أو اشتراه من الفضولي لقوله تعالى ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ولقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان والمراد المأثم (الكفاية، والهداية والدر المنتقى).

ركن الغصب: هو عند الإمام إزالة يد محقة مع إثبات يد مبطلة وعند محمد إزالة يد محقة وعند الأئمة الثلاثة إثبات يد مبطلة وقد مر تفصيلات ذلك في شرح المادة (٨٨١).

شرح الغصب: هو عبارة عن كون المال المغصوب مالاً متقوماً ومحترماً ومنقولاً أنظر شرح المادة (٨٨١) (أبو السعود حاشية الكنز).

محاسن الغصب: إن محاسن الغصب ليست كما ذكرنا في شرح المادة (٨٨١) من حيث الإقدام عليه بل من حيث ترتيب الأحكام.

﴿المادة ٨٩٠﴾ يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً وإن صادف صاحب المال الغاصب في بلدة أخرى وكان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه استرده هناك وإن شاء طلب رده إلى مكان الغصب وتكون مصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب

المال المغصوب موجود عيناً في مكان الغصب بدون أن يتغير تغيراً فاحشاً فيلزم رده إلى صاحبه في الحال في مكان الغصب للموجب الأصلي.

إيضاح القيود:

(١) المال المغصوب، هذا سواء أكان مثلياً أم قيمياً وسواء أكان منقولاً أم عقاراً أم كان الغاصب عالماً بأنه مال الغير أم غير عالم فالحكم واحد في لزوم رده وإعادته.

مثلاً، لو اشترى أحد من آخر مالاً لظنه أنه له وضبط المال بالاستحقاق لزم إعادة ذلك إلى مستحقه. لأن الضرر يزال.

(٢) بلدة الغصب، أما إذا وجد المغصوب في غير مكان الغصب وبلدته فحكم ذلك سيبين في الفقرة الآتية.

(٣) ـ إذا كان موجوداً عيناً، يعني أن لا يكون تغير تغيراً فاحشاً ولم يتلف أما إذا تغير تغيراً فاحشاً أو تلف أو اتلفه الغاصب فحكم ذلك مذكور في المادتين (٨٩١، ٨٩٩) أبو السعود المصري.

(٤) مكان الغصب، يلزم أن يكون الرد في مكان الغصب. لأن قيم الأموال تختلف باختلاف الأماكن. فقيمة الخروف المعين في حلب تختلف عن قيمته في يافا (واقعات المفتين).

كذلك يختلف المثل باختلاف الأماكن (العيني).

فعليه لو غصب الغاصب عشرين كيلة حنطة في حيفا ونقلها إلى غزة فقال الغاصب للمغصوب منه خذ حنطتك عيناً في غزة فيتضرر المغصوب منه لأنه لو أخذها وباعها هناك يتضرر من بيعها لرخص الحنطة في غزة كما أنه يتضرر أيضاً فيما لو نقلها إلى حيفا لتكلفه اجرة النقل.

(٥) رده لصاحبه ـ يلزم رده لصاحبه وإلا فلا يبرأ الغاصب من الضمان برده الدابة المغصوبة إلى اصطبل المالك (الخانية).

وإذا توفي صاحبه أي المغصوب منه يلزم رده إلى جميع ورثته وإذا كانت ورثته صغاراً فلأوصيائهم لأن الورثة تقوم مقام مورثيهم.

أما إذا ندم الغاصب على فعل الغصب ولم يظفر بالمغصوب منه ليعيد المغصوب إليه فله إمساك المال المغصوب والمحافظة عليه إلى أن ينقطع الأمل في الظفر به. وبعد ذلك له التصدق به على فقير على أن يكون ثوابه للمغصوب منه وعلى شرط أن يكون ضامناً المال المغصوب للمغصوب منه إذا حضر ولم يجز الصدقة (رد المحتار).

(٦) للموجب الأصلي الموجب الأصلي في الغصب عند بعض الفقهاء هو رد عين المغصوب. أما رد بدل المغصوب فهو مخلص أي موضع خلاص لأن الرد عيناً أعدل وأكمل حيث فيه إعادة عيناً ومعني أما رد البدل فهو مخلص ويصار إليه حين تعذر رد العين.

تتفرع المسائل الآتية على كون الموجب الأصلي هو رد العين :

أولاً، إن الغاصب مطالب برد عين المغصوب قبل هلاكه حتى لا يلتفت إليه لو أراد أن يعطي حينئذ مثل المغصوب أو قيمته كما أنه ليس للمغصوب أن يمتنع عن أخذه عيناً وأن يطلب بدله.

لأن الرد بدلاً قاصراً وبما أن الضمان القاصر خلف للأصل وما دام الأصل محتملاً فلا يكون الضمان القاصر مشروعاً (الفيضية، مجمع الأنهر). أما لو كان الموجب الأصلي القيمة لكان للغاصب حق في الإمتناع عن رد العين حتى يقتدر على دفع القيمة لأنه يصار إلى الخلف في حالة عدم القدرة على الأصل ولم يكن الحكم كذلك (أبو السعود) أما إذا تراضى الغاصب والمغصوب منه المغصوب موجود في

يد الغاصب على التمليك والتملك مقابل بدل معين كان ذلك صحيحاً وأصبحت هذه المعاملة مبادلة بينهما (الجوهرة).

ثانياً، لو رد الغاصب العين المغصوبة من غير علم المالك وأعادها إليه من جهة أخرى كان بريئاً مثلاً لو وهب الغاصب الساعة المغصوبة للمغصوب منه وسلمه اياها وقبلها وتسلمها بدون أن يعلم بأنها المال الذي غصب منه كان الغاصب بريئاً.

كذلك لو أطعم الطعام المغصوب للمغصوب منه وأكله وهو غير عالم بأنه قد غصب منه يكون الغاصب بريئاً كذلك لو ألبس الغاصب الألبسة المغصوبة للمغصوب منه كان بريئاً (الدر المنتقي مجمع الأنهر).

فعليه لو كان الموجب الأصلي غير رد العين لما برئ الغاصب برده المغصوب للمغصوب منه دون أن يكون المغصوب منه عالماً أنه المال المغصوب كما هو الحال في قبض البدل.

ثالثاً، لو ادعى الغاصب هلاك المغصوب مبيناً أنه سيعطي بدله بمقتضى المادة (٨٩١) صدق المغصوب منه هلاك المغصوب أو أثبت الغاصب هلاكه وإن كان ينتقل حق المغصوب منه إلى البدل فإذا لم يمكن أن يثبت الغاصب هلاك المغصوب وادعى المغصوب منه وجوده وطلب العين غير راض بالبدل فللحاكم إن شاء عدم التعجيل بالحكم بالبدل وأن يحبس الغاصب حتى يحصل العلم بما آل إليه المغصوب أو أن يظهر الغاصب المغصوب أما مدة الحبس فهي مفوضة لرأي القاضي وليس لها حد معلوم كما هو الحال في حبس المدين لوفاء الدين (الطحطاوي).

وسبب الحبس المذكور هو: أن الموجب الأصلي في الغصب وإن كان هو رد العين والأصل هو بقاؤها والغاصب يدعي أمراً عارضاً وخلاف الظاهر يعني يدعي الهلاك ويرغب في إسقاط حق المغصوب منه في العين المغصوبة وتبديلها بالبدل فلا يقبل قوله الهلاك. وعليه وكما أن الحاكم يحكم ببدل المغصوب بعد حبسه الغاصب مدة كهذه فيحكم أيضاً بالبدل إذا رضي المغصوب منه به بلا حبس وللقاضي أيضاً الحكم ببدل المغصوب بدون حبس الغاصب ولو لم يرض المغصوب منه بالبدل. (رد المحتار والجوهرة)

والموجب الأصلي عند فريق آخر من الفقهاء هو البدل أي المثل أو القيمة أما رد العين فمخلص ويتفرع عن قول الفقهاء هذا بعض المسائل وهي:

أولاً، لو أبرأ المغصوب منه الغاصب وعين المغصوب في يده أو قال المغصوب منه للغاصب جعلتك في حل من المال المغصوب يكون صحيحاً على أنه إبراء من الضمان أو تحليل له وبما أن المال المغصوب في يد الغاصب بسبب هذا الإبراء والتحليل ينقلب أمانة فلو تلف المغصوب في يد الغاصب بعدئذ بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الغاصب ضمان. وإذا لم يكن الواجب الأصلي هو القيمة فيما أنه لا يصح الإبراء من العين فيقتضي ألا يكون هذا صحيحاً أيضاً (سعدي جلبي على العناية، البزازية، الطحطاوي، الخانية).

ثانياً، تصح الكفالة بالمال المغصوب فلو لم يكن الموجب الأصلي هو البدل لزم أن تكون كفالة بالعين وهذه غير صحيحة.

ثالثاً، يصح إعطاء الرهن في مقابل المال المغصوب. ولو كان الموجب الأصلي رد العين ولم يكن القيمة لزم أن يكون رهناً بالعين ولا يصح هذا (الجوهرة).

رابعاً، إذا وجد في يد الغاصب مال بمقدار نصاب الزكاة وكان ذلك المال ينقص عن النصاب بسبب المغصوب فلا يلزم الغاصب الزكاة (السعدي والعناية) أما لو كان البدل ليس الموجب الأصلي وجب عدم تناقص نصاب الزكاة والقول الثاني من القولين المار ذكرهما ضعيف جداً والقول الصحيح هو الأول وظاهر المنح مرجح هذا القول الأول ويجاب أنه توجد شبهة وجود في الشيء المعروض للوجود في الحال، والقيمة والبدل في الغصب هما كهذا (أبو السعود، وفتح القدير).

٧ ـ في الحال: مثلاً لو زرع الغاصب الأرض المغصوبة واقترب زرعها من الإدراك. فلا يلزم المغصوب منه الانتظار إلى وقت الإدراك. ويجبر الغاصب على قلع زرعه في الحال ورد الأرض المغصوبة إلى المغصوب منه، ولا يجري في هذا حكم مماثل لحكم المادة (٥٢٦). أنظر شرح المادة المذكورة كذلك لو غرس الغاصب في الأرض المغصوبة شجراً ثم خاصمه المغصوب منه وقت الصيف طالباً قلع الأشجار فقال الغاصب لتبق إلى وقت الربيع ثم انقلها في ذلك الوقت واغرسها في محل آخر فلا يسمح له بذلك ما لم يرض المالك.لكن تستثنى ثلاث مسائل من هذا أي من رد المغصوب حالاً.

المسألة الأولى ـ لو غصب الغاصب زورقاً فلحقه المغصوب منه في وسط البحر فليس له استرداده حالاً ويؤجر للغاصب إلى أن يخرج إلى الساحل.

المسألة الثانية ـ لو غصب الغاصب دابة وفر بها فلحقه المغصوب منه في المفازة فليس له أن يستردها في الحال بل له أن يؤجرها منه لحين الوصول إلى مأمن (الخانية، الهندية في الباب السادس).

المسألة الثالثة ـ لو غصب الغاصب ظرفاً فوضع فيه زيته وخرج إلى الطريق فلحقه المغصوب منه فليس له أن يسترد الظرف لحين أن يتدارك ظرفاً آخر ويؤجر الظرف له إلى ذلك الحين أنظر شرح المادة (٨٣٨).

٨ ـ يلزم رده وتسليمه: يثبت لزوم الرد بالدليل الشرعي والعقلي فقد قال ﷺ على اليد ما أخذت حتى ترد يعني على صاحب اليد أن يرد ما أخذه عيناً إن كان موجوداً وبدلاً إن كان مستهلكاً (الزيلعي، العناية، أبو السعود).

ونورد الدليل العقلي على الوجه الآتي أيضاً: إن الغاصب بغصبه المغصوب يزيل يد المغصوب منه والحال أن اليد مقصودة أيضاً. لأن المالك يتوصل باليد إلى تحصيل ثمرات ملكه وثمرات الملك هي الإنتفاع به (الزيلعي) أنظر المادة (٩٧) وشرحها. يعني لو غصبت البقرة استلزم ذلك إزالة يد صاحبها عنها وحرمانه من لبنها وإنتاجها. وعليه يلزم الغاصب فسخ الغصب لدفع ضرر المغصوب منه حتى إنه لو غصب أحد فرساً من مديونه لزمه رده لمديونه حالاً. وليس له أن يمتنع عن إعادته بقوله لا أعطيه اياه ما لم يفي ديني أو إنني أحبسه على أنه رهن في مقابل ديني (النتيجة).

ويسمي الأصوليون رد عين المال المغصوب على الوجه المشروح (الأداء الكامل الموصوف بوصف مشروع) لأن رد العين بحسب الحقيقة عبارة عن تسليم عين الواجب (شرح المجمع).

وعلى الغاصب رد المال المغصوب وتسليمه سواء أكان واقفاً على كونه مال الغير أو لم يكن واقفاً على ذلك كأن ظن ما أخذه مالاً له لأن حق العبد لا يتوقف على القصد. لأن ضمان العدوان ناشئ عن تفويت حق العبد وحق العبد مرعي (الهداية والكفاية). أنظر شرح المادة (٢).

والحاصل، كما أنه يلزم رد المغصوب إذا كان منقولاً يلزم رده أيضاً إذا كان عقاراً. ويبرأ الغاصب إذا رد المغصوب وأعاده على الوجه المحرر كما هو مذكور في المادة (٨٩٢) (مجمع الأنهر).

وتعبير الرد والتسليم معطوف على العين المغصوبة فيلزم رد تسليم العين المغصوبة. وهذا التعبير احترازي عن رد بدل المنافع. فلو رد وأعاد الغاصب المال الذي استعمله عيناً لصاحبه فلا يلزمه إعطاء أجرة المدة التي استعمله فيها. ما لم يكن المغصوب مال وقف أو مال يتيم أو معداً للاستغلال (الأنقروي) أنظر المادة (٥٩٦) حتى لو آجر الغاصب المغصوب من آخر وأخذ أجرته فلا يلزمه إعطاء الاجرة المأخوذة للمغصوب منه قضاء. أنظر المادة (٤٤٧) وشرحها.

اختلافات الغاصب والمغصوب منه حين الرد والإعادة:

لو اختلف الغاصب والمالك أي المغصوب منه أثناء رد المال المغصوب وتسليمه فقال المغصوب منه أن المال المغصوب ليس هذا وقال الغاصب إنه المغصوب فالقول للقابض الذي هو الغاصب. لأن القاعدة أن القول للقابض سواء كان ضميناً كالغاصب أو كان أميناً كالمستودع أنظر شرح المادة (١٨٦).

مثلاً لو غصب الغاصب ثوب قماش فأتى بعد ذلك للمغصوب منه بثوب قماش شامي قائلاً له ان الثوب غصبته منك هو هذا او قال المغصوب منه أن المغصوب مني غير هذا الثوب وقد كان ثوباً هندياً فإذا حلف الغاصب أن الذي غصبته هو هذا القماش ولم أغصب قماشاً هندياً فالقول للغاصب.

أما لو نكل الغاصب عن حلف اليمين على الصورة المذكورة يثبت أن ما غصبه قماش هندي (الهندية في الباب السابع).

كذلك إذا اختلفا في صفة المغصوب فالقول مع اليمين للغاصب فلو اتفق الغاصب والمغصوب منه على أن المغصوب هو هذا المال ولكنهما اختلفا فقال الغاصب قد غصبت المال على هذه الحال وقال المغصوب منه قد غصبته وهو جديد وأقام كل منهما البينة ترجح بينة المغصوب منه. أما إذا لم يقم أحدهما بينة فالقول عند الإمامين للمالك ويضمن الغاصب نقصان القيمة وأما عند الإمام فالقول مع اليمين للغاصب. أما لو حلف الغاصب اليمين. وبعد أن أخذ المغصوب منه المغصوب غير جديد حصل على شهود وأثبت أنه قد غصبه وهو جديد فإذا كان النقصان يسيراً ضمن الغاصب قيمة النقصان فقط. أما إذا كان النقصان فاحشاً يكون المغصوب منه مخيراً على ما جاء في المادة (٩٠٠) (الهندية في الباب السابع والأنقروي).

اختلافاتها في تلف المغصوب بعد الإعادة أو قبلها، لو ادعى الغاصب هلاك المغصوب في يد المغصوب منه بعد رده اياه وادعي المغصوب منه هلاكه عند الغاصب وأقام كل منهما البينة ترجح بينة المالك عند أبي يوسف مثلاً لو ادعى الغاصب أن الدابة المغصوبة قد تلفت في يد المالك بعد أن ردها وأعادها إليه وادعي المالك أن تلفها ناشئ عن ركوب الغاصب اياها وهي في يده وأقاما البينة ترجح بينة المالك ويلزم الغاصب ضمان القيمة. كذلك إذا كان المغصوب داراً وأقام صاحبها البينة على أن الغاصب قد هدمها وأقام الغاصب البينة على أنه ردها إليه سالمة ترجح بينة صاحب الدار.

كذلك لو شهدت شهود صاحب الدابة المغصوبة على أن الغاصب قد قتل الدابة المذكورة وشهدت شهود الغاصب على أنه قد أعادها وردها لصاحبها سالمة رجحت بينة صاحب الدابة. لأن القتل وهدم الدار يتصور بعد الرد فيجعل كأن الغاصب ردها ثم هدم الدار وقتل الدابة فكانت بينة صاحبها أولى لأنها تثبت سبباً حادثاً للضمان.

لكن ترجح عند محمد بينة الغاصب. لأن البينة هنا بينت الرد العارضي والبينة هي للإثبات (مجمع الأنهر، الطحطاوي، الهندية في الباب السابع).

الأحكام التي يتحد ويختلف فيها المغصوب المنقول والمغصوب العقار:

المغصوب، نوعان. النوع الأول، المنقول ويبين في هذه المادة. النوع الثاني، العقار كالرحى والدكان والدار. وحكم هذا يبين في الفصل الثاني وهذان النوعان متحدان في حكم واحد هو رده لصاحبه عيناً إذا كان موجوداً ولزوم ضمانه إذا تلف أو استهلك أو طرأ على قيمته نقصان بالتعدي أو التقصير، فعليه لو غصب أحد فرس آخر فكما أنه يلزمه رده لصاحبه إذا كان موجوداً في يده فلو غصب طاحونته أو دكانه أو حائطه وكانت موجودة عيناً فيلزم ردها لصاحبها أيضاً. كذلك لو استهلك الغاصب ذلك الفرس بقتله اياه فيضمنه كما أنه لو هدم تلك الطاحونة أو الدكان أو الدار ضمن بناء إلى المادة (٩١٨).

ويفترق نوعا المغصوب هذان في حكم آخر، فلو تلف المغصوب المنقول بلا تعد ولا تقصير بأنه سماوية في يد الغاصب كما لو أرسل الغاصب الحيوان المغصوب في المرعى فأخذه السيل ضمنه الغاصب. بمقتضى المادة (٨٩١).

أما لو تلف العقار المغصوب وهو في يد الغاصب بلا تعد ولا تقصير كما لو انهدمت الطاحونة بزلزال أو عاصفة أو جاء سيل فجرف البناء فلا يلزم الضمان عند الإمام الأعظم ومحمد كما سيوضح ذلك في الفصل الثاني (البزازية).

ولو صادف صاحب المال الغاصب في بلد غير البلد الذي غصب فيه المال المغصوب ومعه المال المغصوب وكان أولاً يحتاج المغصوب إلى مؤونة الرد ونفقات الحمل ثانياً قيمة المال المغصوب في البلدة الأخرى أقل من قيمته في بلدة الغصب يكون صاحب المال مخيراً عند وجود هذين الشرطين على وجهين فإن شاء استرد ماله هناك لأنه لما كان لزوم التسليم في مكان الغصب من حقوق المغصوب منه فقط فله اسقاطه وإن شاء طلب تسليمه إليه في مكان الغصب وإذا طلب تسليمه هكذا إليه في مكان الغصب فمؤونة الرد ونفقات النقل على الغاصب لأنه كما ذكر في شرح المادة (٧٩٤) يلزم رد وإعادة

المال الشخص الذي يكون له منفعة في قبضة (الأنقروي).

إيضاح القيود:

١ ـ إذا كان هنالك مؤونة رد ومصاريف تحميل، أما إذا لم يكن هناك مؤونة رد ومصاريف تحميل كأن يكون المال المغصوب عشرة دنانير أو خمسة ريالات وطلبه المغصوب منه حينئذ في بلدة أخرى فكما أنه على الغاصب أن يعطيه اياه عيناً فلو أراد الغاصب رده عيناً للمغصوب منه في البلدة المذكورة فالمغصوب منه مجبر على قبوله وليس له أن يطالب بتسليمه اياه في مكان الغصب أو قيمته. لأنه ليس له حينئذ نقصان حمل ومؤونة رد. يعني أن الطرفين كليهما مجبران وليس لصاحب المال أن يطلب قيمته من الغاصب بسبب اختلاف سعره وقيمته في البلدة الأخرى (البزازية).

مثلاً لو كان سعر الذهبة العثمانية في بلدة الغصب مائة وثمانية قروش وسعرها في البلد الآخر مائة قرش فليس للمغصوب منه أن يطالب الغاصب في البلدة الأخرى بثمانية قروش زيادة على كل ذهبة.

٢ ـ وليست بأقل من قيمتها في بلدة الغصب، وتفصيل ذلك انه إذا كان المغصوب حيوانات أو خمسين كيلة شعير أو عشرة آلاف دينار تساوي زنتها خمسين إفة أو كان خمسة آلاف دينار تساوي زنتها تسعين إفة مما يحتاج إلى مؤونة الرد ومصارف التحميل فما الحكم في ذلك؟ يوجد ثلاثة احتمالات إذا كان المغصوب مالاً موقوفاً على مؤونة الرد ونفقات الحمل:

الاحتمال الأول، أن تستوي قيمة المال المغصوب في البلدتين في بلدة الغصب وبلدة التلاقي.

الاحتمال الثاني، أن تكون قيمة المال المغصوب في البلد الآخر أكثر من قيمته في بلد الغصب. يخير المغصوب منه في هذين الاحتمالين في صورتين فقط:

الصورة الأولى، إن شاء أخذه في بلدة التلاقي عيناً لأن حق التسليم في بلد الغصب لما كان للمغصوب منه فله إسقاطه، الصورة الثانية، وإن شاء طلب تسليمه إليه في مكان الغصب وقد بينت المجلة هاتين الصورتين على ما مر ذكره في أثناء الشرح. وليس له أن يطلب قيمته في بلد الغصب وزمانه (قاسم بن قطلوبغا مع إيضاح والهندية في الباب الثاني من الغصب).

الاحتمال الثالث، كون قيمة المال المغصوب في البلد الآخر أقل من قيمته في بلد الغصب. فلو غصب أحد دواب في الكوفة وأراد ردها في خراسان وكانت قيمتها في خراسان أقل من قيمتها في الكوفة فعلى هذا التقدير يخير المغصوب منه على ثلاث صور:

أولها، إن شاء أخذها هناك أي في البلد آخر عيناً. وفي هذه الصورة لا يمكنه تضمين نقصان القيمة.

ثانيها: إن شاء طلب تسليمها في مكان الغصب وعلى هذا التقدير تكون مؤونة الرد ومصارف النقل على الغاصب.

ثالثها وإن شاء ترك المال المغصوب الذي هو قيمي أو مثلي للغاصب فإذا كان المغصوب مثلياً أخذ

هناك أي في البلد الآخر قيمته في بلد الغصب يوم الخصومة وإن كان قيمياً أخذ قيمته في بلد الغصب وقت الغصب (عبد الحليم) لأن نقصان القيمة قد حصل من جهة الغاصب وذلك بنقله اياه إلى بلد آخر فعليه للمغصوب منه أن لا يقبل الضرر، وله أن يطلب قيمته. لأنه عجز عن أخذ حقه بكماله فصار كما لو خرق الغاصب الثوب المغصوب (حاشية شرح المجمع لقاسم بن قطلوبغا).

ويفهم من هذه التفصيلات أن المال المغصوب إذا كان مثلياً أو قيمياً وكان موجوداً عيناً فللحاكم أن يحكم بالقيمة في بعض الصور، لكن بيان المجلة لا يشمل هذه الصورة الثالثة (القهستاني، وعبد الحليم، والهندية في الباب الثاني من الغصب).

﴿المادة ٨٩١﴾ ـ (كما أنه يلزم أن يكون الغاصب ضامناً إذا استهلك المال المغصوب كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه يكون ضامناً أيضاً فإن كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه وإن كان من المثليات يلزمه إعطاء مثله).

كما أنه يلزم أن يكون الغاصب ضامناً للمغصوب منه أو لورثته إذا استهلك المال المغصوب، فإذا تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه أو بتقصيره أو طرأ على قيمته نقصان يكون ضامناً في الحال لأن المغصوب لما كان مضموناً على الغاصب بمجرد غصبه اياه بمعنى أن على الغاصب أن يرده عيناً إذا كان موجوداً وبدلاً إذا كان مستهلكاً فلا يختلف حكم الغصب بسبب هلاك المغصوب بفعل الغاصب أو بغير فعله. والدليل على كون علة الضمان هي مجرد الغصب لزوم قيمته وقت الغصب (العيني) ولنوضح ذلك بالمثال الآتي. لو اعتنىٰ الغاصب كل الاعتناء بالفرس المغصوب وتلف حتف أنفه أي بآفة سماوية ضمن قيمته يوم غصبه. وتلفه حتف أنفه على هذا الوجه وإن لم يكن بفعل الغاصب ولا يوجب الضمان في الأموال التي هي كالوديعة والعارية لأن الغصب السابق قد كان بفعله فيترتب الضمان على عهدته بسبب عجزه عن رد عين المغصوب بتلفها (الفيضية).

إيضاح القيود:

١ ـ الاستهلاك: الإستهلاك نوعان أولهما، استهلاك من كل وجه، وهو عبارة عن إتلاف جميع منفعة المغصوب (الطحطاوي) وهذا الاستهلاك موضوع بحث هذه المادة كأكل الشاة المغصوبة بعد ذبحها وطبخها أو إحراق الثياب المغصوبة. وفي هذه الحال تفوت جميع المنافع المقصودة من الشاة كالدر والنسل واللحمية وكذلك تفوت جميع المنافع المقصودة من ثياب كالتحفظ من الحرارة والبرودة. والتغير بحيث يتبدل الاسم على ما هو مذكور في المادة (٨٩٩) معدود من قبيل نوع هذا الاستهلاك. فلو طحنت الحنطة المغصوبة دقيقاً أو خبز الطحين المغصوب خبزاً أو خلط المال المغصوب على ما هو مبين في المادة (٧٨٨) وشرحها فيكون قد استهلك.

مثلاً لو خلط الغاصب الحنطة المغصوبة أو خلط الشعير المغصوب بحنطة فيكون قد استهلك الحنطة أو الشعير ويلزمه ضمان البدل (رد المحتار).

كذلك لو غصب أحد دنانير آخر أو دراهمه وخلطها بدنانير ودراهم له من جنسها ولم يمكن تمييزها

فيلزمه عند الإمام الأعظم ضمانها لأنه بذلك يكون قد استهلكها. ولا تثبت الشركة بين الغاصب والمغصوب منه في المال المخلوط. أما عند الإمامين فيكون المال المخلوط مشتركاً بينهما بمقدار حصصهما (الجوهرة) وذلك كما بين في شرح المادة (٧٧٨).

كذا لو غصب أحد أخشاب آخر أو آجره أو لبنه واستعمله في أبنيته فيلزم ضمان قيمته لأنه من قبيل الاستهلاك (الهندية في الباب الثاني).

أما مجرد ذبح الغاصب للشاة المغصوبة أو ذبحه وسلخه وتقطيعه اياها بدون طبخ فبما أنه لا يعد استهلاكاً فيدخل في المادة (٩٧١) وعلى هذا التقدير فالمغصوب منه يكون مخيراً إن شاء ضمن الغاصب كل قيمتها وتركها له مقطعة مذبوحة وإن شاء أخذها مذبوحة مقطعة وضمنه نقصان القيمة (الجوهرة، الخانية) وسيوضح ذلك أيضاً في خاتمة الكتاب.

ثانيها، استهلاك من وجه ويكون هذا بتفويت بعض المنافع. كتمزيق الثياب المغصوبة أو ذبح الشاة على الوجه المذكور آنفاً او ذبحها وسلخها. وعليه لو مزق أحد جبة آخر وأصبحت لا تصلح أن تبقى جبة له فقد فات بعض منافعها إلا أن بعض منافعها لم يزل باقياً لكونها تصلح لأن تكون جبة لصغير أو لشخص قصير القامة أو أن تكون لباساً آخر، كذلك إذا ذبحت الشاة كما أنه تفوت بعض منافعها كالدر والنسل تبقي بعض منافعها الأخرى كاللحمية، وقد بين حكم الاستهلاك من وجه في المادة (٩٠٠).

وهناك غير الاستهلاك، النقصان وهذا عبارة عن تعييبه مع بقاء منافعه كتفويت جودته (الطحطاوي) وسيفصل حكم هذا في شرح المادة (٩٠٠).

٢ ـ الغصب ، هذا التعبير أي لزوم الضمان على الغاصب احترازي باعتبار واحد، ولا يلزم الضمان على حارس محل الغاصب ومحافظه أو على الآمر بالغصب، مثال للمحافظة:

لو نزل أحد في قرية ضيفاً فغصب أحد أهالي تلك القرية بعض أموال ذلك الضيف فلذلك الشخص أن يطلب أمواله المغصوبة من الغاصب وليس له أن يطلبها من المحافظ بسبب كونه محافظاً فيها (الفتاوي الجديدة) انظر المادة (٨٩).

مثال للآمر: لو أمر أحد آخر بأن يأخذ مال شخص آخر وأخذ ذلك المال لزم الضمان على الآخذ الغاصب لأن هذا الأمر باطل. أنظر المادة (٩٥) إلا أنه إذا كان الغاصب قد أعطاه لآمره فله الرجوع عليه، أما لو تلف في يد الآخذ واستهلكه الآخذ فليس له الرجوع على الأمر حينئذ (البهجة، وأبو السعود، والعمادي) وغير احترازي باعتبار آخر لأنه إذا باع الغاصب المغصوب من آخر أو وهبه وتصدق به أو آجره أو رهنه أو أودعه أو أعاره وسلمه وتلف في يد ذلك الآخر كان المغصوب منه مخيراً. إن شاء ضمن الغاصب اياه وإن شاء ضمنه لذلك الآخر. كما سيفصل في المادة (٩١٠) (أبو السعود المصري).

كذلك لو أتلف آخر المغصوب وهو في يد الغاصب كان المالك مخيراً إن شاء ضمن الغاصب وهو يرجع على المتلف لأن الغاصب لما كان ضامناً يصبح مالكاً للمغصوب بطريق الاستناد ويكون المتلف في

هذه الحال متلفاً لمال الغاصب ويكون للغاصب حق تضمين المتلف وإن شاء ضمن المتلف، وليس للمتلف الرجوع على أحد (البزازية مع الإيضاح).

٣ ـ للمغصوب منه أو لورثته: يعني لو توفي المغصوب منه دون أن يعطيه الغاصب بدل المغصوب الذي أتلفه لزم اعطاؤه لورثته وإيفاؤهم اياه. كما أنه يلزم الغاصب أن يرد المغصوب الموجود للمغصوب منه أو لورثته إذا توفي فعليه إذا لم يوف الغاصب بدل المغصوب للمغصوب منه أو لم يؤده إلى ورثته فيطلب المغصوب منه المتوفي حقه من الغاصب في الدار الأخرى (الخانية).

٤ ـ ضامناً: إن الغاصب وإن كان يضمن كل المغصوب الذي تلف أو أتلف فإذا كان المغصوب شيئاً واحداً من شيئين كان حكم الشيء الواحد فيضمن الغاصب عند بعض الفقهاء المغصوب مع ذلك الشيء ويضمن عند الآخرين المغصوب فقط مثلاً لو اغتصب أحد إحدى دفتي باب أو حذاء واستهلكها فعند بعض الفقهاء يترك صاحب المال دفة الباب الأخرى أو الحذاء للغاصب ويضمنه الإثنين معاً وعند البعض الآخر يضمن الغاصب ما استهلكه ولا يضمن الشيء الآخر (البزازية، وأبو السعود، والهندية) ،ستبين صورة التضمين في فقرة المجلة الآتية:

٤ ـ بتعديه: هذا التعبير بما أنه أعم من الإستهلاك فلو كتبت هذه الفقرة (كما أنه يلزم أن يكون الغاصب ضامناً إذا تلف المغصوب أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه . . .) لكان أخصر.

التعدي، كضرب الحيوان المغصوب وتلفه بذلك وهلاك الفرس المغصوب بناءً على سوقه بعنف وشدة وما إلى ذلك. أنظر المادة (٦٠٢).

٥ ـ بلا تعد: كسرقة المال المغصوب من يد الغاصب وحفظه وتلفه بآفة سماوية، وخلط المال المغصوب بمال آخر بصورة لا يمكن تفريقه. مثلاً لو اختلطت الحنطة بحنطة أخرى بنفسها فتعد كأنها تلفت ويلزم الغاصب الضمان (رد المحتار).

كذلك لو غصب أحد قماش آخر وبعد أن فصله وخاطه قميصاً، أو لو غصب حنطة وبعد أن طحنها أو غصب لحماً له وبعد أن شواه ضبط القميص أو الطحين أو اللحم المشوي من الغاصب بالاستحقاق فللمغصوب منه تضمين الغاصب بدل القماش أو الحنطة أو اللحم. أما لو ظهر المستحق قبل أعمال القماش قميصاً والحنطة دقيقاً واللحم شواء واثبت أنه له، وأخذه من الغاصب بحكم الحاكم فليس للمغصوب منه أن يطلب من الغاصب شيئاً.

كذلك لو فصل القماش المغصوب قميصاً وذبح الشاة المغصوبة وقبل أن يخيط القميص أو يطبخ الشاة ظهر لهما مستحق وضبطهما من يد الغاصب يبرأ الغاصب من الضمان (الهندية في الباب الرابع عشر من الغصب).

٦ ـ إذا تلف: لكن لو ادعى الغاصب التلف أو الإتلاف ولم يرض المغصوب منه بالحكم ببدل المغصوب ولم يستطع الغاصب أن يثبت هلاك المغصوب بالبينة يحبس الحاكم الغاصب إلى أن يظهر الغاصب المغصوب إذا كان في يده أو يحصل العلم بأن عدم إظهاره اياه ناشئ عن تلف المغصوب، ومدة

الحبس محوّلة لرأي القاضي. وكما يحكم الحاكم ببدل المغصوب بعد حبسه المدة المذكورة يحكم بالبدل أيضاً بدون حبس إذا رضي المغصوب منه بالبدل وفي الذخيرة للقاضي أن يحكم ببدل المغصوب من غير تلوم أي بدون حبس الغاصب وعليه فيظهر أن في المسألة روايتين أو أن ذلك بيان للأفضل والمفضول، أنظر شرح المادة (٨٩٠).

٧ ـ إذا حصل نقصان لقيمته: لو عورت عين الحيوان المغصوب أو هزل أو طرأ على قيمته نقصان وهو في يد الغاصب كان ضامناً. وستوضّح هذه المسألة في شرح المادة (٩٠٠) (انظر المادتين (٩١٨ و ٩٢٠) (رد المحتار).

٨ ـ الحال: أي لا يصح تأجيل الضمان لأنه لما كان الضمان المذكور معاوضة ضرورية فلا يلحقها تأجيل فلذلك إذا أجل صاحب المال ضمان المغصوب الذي يلزم الغاصب بعد أن استهلكه فلا يكون الأجل صحيحاً كذلك لا تلحق هذه المعاوضة زيادة أيضاً (علي أفندي).

أما تأجيل بدل المغصوب فصحيح فلا يرجع عنه بعد (الأنقروي) فإذا كان المال الغصب من القيميات يلزم ضمان قيمته في زمن الغصب ومكانه وإن كان من المثليات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة ولم يكن مثله منقطعاً يلزمه ضمان مثله أيضاً في مكان الغاصب وقيمته إذا كان وجوده نادراً، للمغصوب منه إذا كان حياً ولورثته إذا كان ميتاً. ويبرأ الغاصب بهذا، وبابراء المغصوب منه له، ولا يخلص من الاثم بعد إداء البدل بلا توبة (القهستاني).

٩ ـ قيمته في زمان ومكان الغصب: قد لزمت القيمة هنا، لأن حق المالك ثابت في صورة المغصوب وفي معناه معاً أي ثابت في قيمته ولما كان معنى الشيء عبارة عن قيمة ذلك الشيء كان المعنى أصلاً والصورة تابعة له ولما كان من المتعذر أيضاً اعتبار الصورة لعدم وجود مثلها فيعتبر المعنى فقط أي القيمة، وبذلك يدفع الضرر بقدر الإمكان (العيني، ومجمع الأنهر).

معناه أن الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لأن الشيء الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى إذ الأجسام متماثلة لتجانس الجواهر الفردة والمجردات غير ثابتة (العناية، السعدي، الشبلي).

وتحقيق هذا هو: المثل نوعان.

النوع الأول، المثل الكامل وهو عبارة عن المثل صورة ومعنى، والأصل في ضمان العدوان هو هذا.

النوع الثاني، المثل القاصر وهو عبارة عن المثل معنى وهذا هو القيمة. فإذا كان القضاء بالأصل ممكناً فالقضاء بالقاصر غير مشروع، لأن القاصر خلف للاصل الكامل وما لم يتعذر الأصل فلا يصار إلى الخلف (الفتح القدير) ويطلق الأصوليون على ضمان القيمة على هذا (الوجه القضاء المحض بالمثل المعقول القاصر) ويكون قاصراً لأن البدل أي القيمة هي مثل المغصوب معنى فقط وليس مثله صورة (شرح المجامع).

١٠ ـ تلزم القيمة في زمان الغصب ومكانه. لأن القيم تتفاوت باختلاف الأماكن والأزمان

(واقعات المفتين) وعليه لو غصب الغاصب الحيوان وهو مريض وتلف في يده من ذلك المرض ضمن قيمته وقت الغصب على أنه مريض (الجوهرة).

اختلاف الفقهاء: هناك صورتان إذا لم يكن المغصوب موجوداً: أولهما، أن يتلف في يد الغاصب. ثانيهما أن يستهلكه الغاصب. وفي كل من هاتين الصورتين ثلاثة احتمالات فيكون مجموع الاحتمالات ستة: (١) أن تكون قيمته وقت الغصب مساوية لقيمته وقت الهلاك والاستهلاك. (٢ و٣) أن يكون في قيمته وقت الغصب زيادة وفي قيمته وقت الهلاك والاستهلاك نقصان. (٤ و٥) أن يكون في قيمته وقت الغصب نقصان وفي قيمته وقت الهلاك والاستهلاك زيادة.

تلزم القيمة في زمان الغصب في الصور الخمس الأول فعليه لو تلف بعد أن حصلت الزيادة في سعره وقيمته أو في بدنه وهو عند الغاصب لزمت قيمته وقت الغصب، ولا يعتبر ازدياد القيمة في زمن التلف. ولو تلف المغصوب بعد أن طرأ عليه نقصان في سعره وقيمته أو بدنه بعد الغصب أو اتلف أو استهلك من طرف الغاصب لزمت قيمته يوم الغصب أيضاً لأنه لما كان دخول المغصوب في ضمان الغاصب سابقاً هلاكه فقيمة المغصوب المعتبرة هي قيمته يوم الغصب (الهداية).

كذلك إذا تساوت قيمته وقت الغصب مع قيمته وقت الاستهلاك إلا أن القيمة قد ازدادت بين الوقتين فنقصان القيمة بعد ذلك غير موجب للضمان، فلو غصب أحد الدابة التي تساوي ألف قرش فارتفعت قيمتها لألفي قرش لحصول الزيادة في بدنها كسمنها وهي في يده ثم رجعت قيمتها إلى ألف قرش لحصول نقص في بدنها وتلفت يلزم ضمان ألف القرش الذي هو قيمتها وقت الغصب ولا يسأل الغاصب عن النقصان الحاصل بعد الزيادة، لأنها زيادة لم يقع عليها القبض، فلا تكون مضمونة لارتفاع السعر ولأنها زيادة حصلت في يده بغير فعله كما هلكت بغير فعله (الجوهرة).

أما في الصورة السادسة أي لو استهلك الغاصب المال المغصوب بعد أن حصلت الزيادة فيه وهو في يده وبعبارة أخرى إذا كانت قيمته وقت الغصب أنقص وقيمته وقت الاستهلاك أزيد فقد اختلف فيه تلزم عند الإمام الأعظم القيمة وقت الغصب. وتلزم عند الإمامين قيمته وقت الاستهلاك (القهستاني في الغصب) لأنه على الغاصب الرد في حال الزيادة ومذهب الشافعي هكذا أيضاً (الباجوري).

ويفهم من ظاهر المجلة أنها اختارت قول الإمام الأعظم. ولنوضح هذا بمثال: لو استهلك الشاة التي غصبها والتي قيمتها وقت الغصب ديناران وبعد أن سمنت عنده وصارت قيمتها ثلاثة دنانير ذبحها واستهلكها يلزم عند الإمام الأعظم اعطاء دينارين قيمتها يوم الغصب ولا يلزم اعطاء الدنانير **الثلاثة** التي هي قيمتها وقت الذبح (رد المحتار) كذلك لو حصلت زيادة في المال المغصوب بعد أن غصبه الغاصب وازدادت قيمته ثم باعه من آخر وسلمه اياه وتلف في يده فالمغصوب مخير. إن شاء ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب وعلى هذا التقدير يكون البيع باطلاً. وإلا فليس له عند الإمام تضمين الغاصب قيمته وقت استهلاكه ببيعه وتسليمه بعد الغصب يعني ليس له أن يضمنه قيمته عن تعليمه للمشتري (الأنقروي).

كذلك إذا باع الغاصب المغصوب لآخر وسلمه اياه وكانت النقود التي أخذها الغاصب من المشتري أزيد من قيمة المال يوم الغصب ولم يكن صاحبه قد أجاز البيع المذكور قبلاً فليس للمغصوب منه بعد تلف المغصوب في يد المشتري أن يطالب بتلك القيمة. وله أن يطلب قيمته يوم الغصب فقط (التنقيح).

بأي جنس من النقود تقدر القيمة؟

مع إن المجلة لم تذكر بأي جنس تقدير القيمة فالمعتبر في هذا الباب النقد الغالب. يعني أنها تقوّم بذهب إذا كان المغصوب يباع في السوق ـ بذهب وبفضة إذا كان يباع بفضة وإذا كان يباع بهما فبالأنفع للمالك وإذا تساويا في النفع فالحاكم مخير يحكم بما شاء (عبد الحليم، البزازية، الخانية، الباجوري).

صورة تقدير القيمة: ويكفي اخبار عدل واحد في تقويم المتلفات (أبو السعود في الشهادة).

١١ ـ مثله في مكان الغصب: قد لزم ذلك في مكان الغصب ولأن المثل يختلف اختلاف المكان على ما هو مذكور في شرح المادة(٨٩٠). يعني أن المال المغصوب إذا كان من المثليات ومثله غير منقطع من السوق لزم مثله، ويطلق الأصوليون على هذا أي ضمان المثل، (القضاء بالمثل المعقول) وبتعبير آخر (القضاء الكامل).

ويثبت لزوم المثل إذا كان المغصوب من المثليات على وجهين: الوجه الأول، الدليل الشرعي وذلك هو الآية الكريمة ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾.

وتسمية هذا الضمان بالاعتداء مجاز لعلاقة التضاد. وعلاقة التضاد، عبارة عن تسمية الشيء بضده كما في الآية الجليلة ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها. . .) مع أن الذي يترتب مقابلة على السيئة ليس سيئة بل عقوبة.

الوجه الثاني، الدليل العقلي. كان حق المالك ثابتاً صورة ومعنى. ففوته الغاصب صورة ومعنى معاً. وتمكن مراعاة هذين بإيجاب المثل على الغاصب وإيجاب المثل أعدل وأتم لجبر الفائت وبذلك قد كان المثل أولى من القيمة. مثلاً لو أتلف الغاصب حنطة أحد فيكون قد أضاع الغاصب حقي المالك: أولهما، حقه في الصورة وثانيهما، حقه في المعنى أي في المالية.

الجبر التام، يكون بإيجاب المثل على الغاصب صورة ومعنى (الزيلعي، العناية، أبو السعود المصري).

حتى انه لو غصب أحد عنباً طازجاً واستهلكه ثم أراد المغصوب منه تضمينه اياه في الشتاء وكان يوجد عنب من ذلك الجنس لكن ليس طازجاً على تلك الصورة يلزم أخذ مثله وليس قيمته. وإذا طلب عنباً طازجاً فعليه الانتظار إلى موسم العنب (الأنقروي).

وبما أن المثليات تختلف رداءة وجودة يلزم إعطاء الجيد في مقابل الجيد. ولا يصح إعطاء الرديء في مقابل الجيد وبهذا تكون قد روعيت المماثلة (سعدي، جلبي). وإلا لو أراد الغاصب أن يعطى عن الحنطة المغصوبة والمتلفة من أعلى جنس جنساً أدنى فلا يجبر المغصوب منه على القبول.

يضمن المثلي المتلف بالقيمة أحياناً:

قد مر آنفاً أنه تلزم في المغصوب المتلف قيمته في زمان الغصب ومكانه إذا كان قيمياً. سواء تلاقى المغصوب منه مع الغاصب في بلد الغصب أو تلاقيا في بلد آخر على كل حال. ولا يتبدل الحكم إذا كانت قيمة المغصوب الهالك أقل أو أكثر في بلد التلاقي. أما إذا كان المتلف مثلياً وكان مضموناً بمثله على الأكثر فهو مضمون بالقيمة في الصور الست الآتية:

الصورة الأولى، إذا كانت قيمة المثلي في بلد الغصب أكثر وقيمته في بلد التلاقي والخصومة أقل كان المثل المتلف مضموناً بقيمته.

الصورة الثانية، إذا كانت قيمة المثلي في بلد الغصب أقل وقيمته في بلد التلاقي والخصومة أزيد يكون المثلي المتلف مضموناً بقيمته وتلزم في هاتين الصورتين قيمته في بلد الغصب.

الصورة الثالثة، إذا كان المثلي منقطعاً يكون مضموناً بقيمته.

الصورة الرابعة، كل مثلي يصير اتلافه وهو مشرف على الهلاك يكون ذلك المثلي مضموناً بقيمته حالة كونه مشرفاً على الهلاك أيضاً.

فعليه لو ألقى أحد الحنطة التي كانت تحملها السفينة في البحر خوفاً من غرقها فيكون ذلك المثلي مضموناً بقيمته في تلك الحال إذ لتلك الحنطة قيمة ما لاحتمال تخليصها.

الصورة الخامسة، لو اتلف المسلم خمر غير المسلم كان مضموناً عليه بقيمته.

الصورة السادسة، لو زرع أحد في أرضه حنطة على ما هو مذكور في شرح المادة (٩٠٧) فقلبها آخر تغلباً وزرع فيها حنطة ونبت الزرعان وأدركا فكل الزرع هو لذلك الآخر الغاصب ويضمن لصاحب الأرض قيمة حنطته مزروعة في أرضه. كما سيتضح ذلك في التفصيلات الآتية.

إذا كان المال المغصوب من المثليات ومثله غير منقطع لزم مثله على الوجه المحرر. لكن فيه وجهان:

الوجه الأول، وجود الغاصب والمغصوب منه في بلد الغصب. وعلى هذا التقدير يلزم أن يرد الغاصب مثل المغصوب للمغصوب منه ويأخذ المغصوب منه هناك مثل المغصوب أيضاً وليس للغاصب أن يقول إنني أعطيه قيمته كما أنه ليس للمغصوب منه أن يقول لا آخذ مثله وأريد قيمته. يعني ليس للمغصوب منه إذا كانت قيمة المثلي وقت الإستهلاك أزيد ووقت الضمان أنقص أن يطلب قيمته كما أنه ليس للغاصب أن يقول إذا كانت قيمة المغصوب وقت الإستهلاك أنقص ووقت الضمان أزيد إنني أعطيه القيمة.

والحكم على هذا المنوال المشروح فيما إذا كان المغصوب ملكاً أو وقفاً. فعليه إذا أخذ أحد خمسين ديناراً من غلة وقف كان يحفظها متولي الوقف تغلباً من المتولي المذكور واستهلكها فلذلك الشخص أي للمتولي أن يضمن الغاصب المبلغ المذكور (الفتاوي الجديدة).

الوجه الثاني، وجود الغاصب والمغصوب منه في بلد آخر غير بلد الغصب ومخاصمتها هناك. يوجد على هذا التقدير ثلاث صور:

١ ـ إذا كانت قيمة ذلك المثلي واحدة في البلدين أي في بلد الغصب وبلد التلاقي وبعبارة أخرى

بلد الخصومة، وأعطى الغاصب مثل المغصوب للمغصوب منه في بلد الخصومة يبرأ من الضمان ويكون الغاصب مطالباً بإعطاء مثله في البلد المذكور (البهجة) لأن فيه ضرراً للغاصب أو للمغصوب مه. ومع ذلك إذا شاء المغصوب منه ألا يأخذه في بلد الخصومة فله أن يطلب تسليمه المثل المذكور في بلد الغصب. لأن المثل يتفاوت بتفاوت الأماكن (العيني في قول الهداية والواجب الرد في المكان الذي غصبه).

٢ ـ وإذا كانت قيمة ذلك المثلي في بلد الخصومة أقل وقيمته في بلد الغصب أكثر فيكون الغاصب مخيراً على نوعين ـ إذا لم يرض المالك بالتأخير إلى أن يذهب إلى مكان الغصب ويأخذ مثله (رد المحتار) ـ كما سيأتي: النوع الأول، إن شاء أعطى مثله في مكان الخصومة. النوع الثاني، وإن شاء أعطى في بلد الغصب قيمته يوم الخصومة. لأن المالك يستحق الرد في بلد الغصب فقط. ولو أجبر الغاصب على إعطاء المثلي حصراً لتضرر. لأنه تكون قد لزمت قيمة الزيادة التي لا يستحقها المغصوب منه.

فعليه قد خير الغاصب بين إعطاء مثله في الحال وبين إعطاء قيمته في مكان الغصب إلا إذا صبر المغصوب منه إلى حين الوصول إلى مكان الغصب. فيلزم إعطاء مثله في مكان الغصب (الأنقروي، البزازية، علي أفندي، الهندية في الباب الثاني).

وها قد ضمن المثلي في هذه المسألة بالقيمة.

٣ ـ وإذا كانت قيمة ذلك المثلي في بلدة الغصب أكثر وقيمته في بلدة الخصومة أقل فيخير المغصوب منه على ثلاثة أنواع على هذا التقدير كما سيأتي (الهندية، والقهستاني).

النوع الأول، إن شاء أخذ مثله في بلد الخصومة. النوع الثاني، إن شاء انتظر إلى أن يعود إلى بلد الغصب فيأخذ مثله. النوع الثالث، إن شاء أخذ قيمته في بلد الغصب (رد المحتار، الخانية). وقد رؤي أن المثلي مضمون بالقيمة في هذه المسألة أيضاً.

إذا لم يكن مثل المال المغصوب منقطعاً: أما لو انقطع المثلي بعد أن غصب واستهلك لزم اع لاء قيمته أيضاً، وحد الانقطاع هو عبارة عن أن يكون الشيء موجوداً في موسم خاص ويمر ذلك الموسم كموسم البلح (أبو السعود) فإن انقطع المثلي بحيث لم يوجد في الأسواق كما في الكرماني وغيره أو لم يوجد أصلاً كما في شرح (الطحطاوي والقهستاني) تلزم القيمة.

مثلاً لو غصب أحد من آخر عنباًازينياً في شهر أيلول الغربي وخاصمه المغصوب منه في شهر تشرين الأول فإذا لم يوجد عنب زيني في ذلك الشهر في السوق عد منقطعاً (أبو السعود).

لكن للمجتهدين في قيمة المثلي المنقطع ثلاثة أقوال. فتلزم عند الإمام الأعظم قيمته يوم الخصومة يعني وقت المقاضاة. لأن اداء مثل المغصوب يلزم ذمة الغاصب في غصب المثلي ويبقى المثل لازماً ذمته ما لم يحكم الحاكم بالقيمة حتى انه لو انتظر المالك عودة ذلك المثلي بعد انقطاعه بقي حقه في أخذ المثل محفوظاً وبما أن انتقال ذلك الحق يكون قضاء فتعتبر قيمة ذلك المثلي وقت الإنتقال (الزيلعي). أما القيمي المتلف لما كان مضموناً بالقيمة في زمن وجود الغصب، ووقت الغصب سبب وجود الضمان فقد اعتبرت القيمة في زمن الغصب (أبو السعود المصري).

أما عند الإمام أبي يوسف فتلزم القيمة يوم الغصب لأنه إذا انقطع مثله التحق بمالا مثل له.

وأما عند الإمام محمد فتلزم قيمته يوم الانقطاع. لأن الواجب بالذمة هو المثل وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع[١].

وقد جمعت هذه الأقوال الثلاثة المذكورة بالمنظومة الآتية:

ولو غصب المثل ثم انصرما ... فالواجب القيمة يوم اختصما

ويوم غصب العين عند الثاني ... وحالة الفقد لدى الشيباني

«أبو السعود المصري»

وقد رجح كل من الأقوال الثلاثة المذكورة على الأنفراد أما في البهجة فقد أفتى بقول الإمام الأعظم (رد المحتار، الهندية) ومع ذلك لو تحمل الغاصب مشقة وأحضر مثله حال الانقطاع يجبر المالك على قبوله (الجوهرة في أول الغصب). وقد شوهد في مسألة الانقطاع هذه أن المثلي مضمون أيضاً بالقيمة فعليه إذا أريد الحكم بإعطاء المثل بسبب وجوده فيجب أن يكون الحكم في ذلك بعد التحقق من وجود ذلك المثل في الحال أي وجوده في الأسواق حين الحكم وأن يصرح بهذه الجهة في إعلام الحكم الذي ينظمه القاضي ولا ريب أنه إذا انقطع المثل ثم وجد قبل أن يقيم صاحب المال الدعوى بطلب تضمين القيمة وقبل الحصول على الحكم في ذلك يجب إعطاء المثل أيضاً أما إذا حكم القاضي بالقيمة بناءً على انقطاعه ثم وجد المثلي بعد ذلك فلا يؤخذ المثلي بل تؤخذ القيمة (عبد الحليم).

وكما أن المثلي يكون مضموناً بالقيمة بناءً على الانقطاع على ما هو مذكور ثالثاً، فهو مضمون بالقيمة أيضاً في المسألة الآتية التي ذكر فيها أنه رابع، فعليه كل مكيل وموزون يصير اتلافه حينما يكون مشرفاً على الهلاك، أي يكون معرضاً لخطر التلف يكون ذلك المكيل أو الموزون مضموناً بقيمته في ذلك الوقت أي في زمن الإتلاف. فإن له قيمة وإن قلت لاحتمال النجاة، والمثلي يخرج عن المثلية لمعنى خارج ثم هذا إذا ألقى بلا إذن واتفاق وإلا ففيه تفصيل في آخر قسمة (رد المحتار).

مثلاً لوهبت الرياح في البحر وأشرفت السفينة على الغرق فألقى ربانها ما فيها من الحنطة المشحونة في البحر ضمن قيمتها في تلك الساعة (مجمع الأنهر).

الصورة الخامسة، إذا أتلف المسلم خمر غير المسلم كان ضامناً قيمتها. لأن الخمر قيمى حكماً، وإن كانت مثلية لأن المسلم منع من تمليكها لأن ذلك إعزاز لها (الطحطاوي).

الصورة السادسة، قد صار إيضاحها آنفاً فلا حاجة لزيادة الإيضاح.

صورة المحاكمة المعلقة بالغصب وصورة الإختلاف الواقع: يبين على الوجه الآتي صورة المحاكمة والحكم المتعلقين بالغصب وصورة حل وفصل لإختلاف الواقع بين الغاصب والمغصوب منه فعند ما يدعى المغصوب منه الغصب يسأل الحاكم الغاصب. فإن أقر الغاصب بالغصب ألزمه.

مثلاً لو ادعى منه على الغاصب أنه غصب منه فرساً وصفه كيت وكيت وأنه تلف في يده وإن قيمته

(١) وقد اختارت الحكومة العثمانية هذا المذهب في المادة الثالثة من النظام الذي وضعته لمنع تداول الأوراق النقدية.

وقت الغصب ألف قرش وأقر المدعي عليه بالغصب والقيمة فيلزمه الحاكم بإعطاء قيمته للمدعي . ثم بعد ذلك لو ظهر آخر وادعى أن الفرس ملكه وقد غصبت منه وأثبت دعواه فيحكم بألف القرش المذكور للمدعي الثاني ولا يأخذ المدعي الأول المقر له شيئاً . لأن دعوى المدعي الثاني قد ثبتت بالبينة التي هي حجة قوية . إلا أنه إذا أوصل الألف المذكور بعينه بعد ذلك إلى يد الغاصب بوجه ما كأن وهبه إليه المقضي له أو ورثه منه أو أوصى له به أو باعه إليه بطريق الصرف فيلزمه عليه رده للمقر له لأن الإقرار حجة قاصرة . والفرس المغصوب إذا مات في يد الغاصب وأقر الغاصب أنه كان قد غصبه من فلان يؤمر بتسليم القيمة إلى المقر له فإن جاء رجل آخر وأقام البينة على أنه فرسه وغصبه منه والقاضي يقضي بالقيمة لصاحب البينة فإذا قضي بالقيمة لصاحب البينة وأخذها لا شيء للمقر له على الغاصب فإن وصلت تلك القيمة بعينها إلى الغاصب من جهة المقضي له بالهبة أو بالإرث أو بالوصية أو بالمبايعة يؤمر بردها إلى المقر له ولو وصل بالهبة أو المبايعة لا يؤمر بالرد على المقر له وإن وصل بالميراث أو بالوصية يؤمر بالرد (الهندية في الباب الرابع عشر من الغصب) .

وإذا قال الغاصب في إقراره : نحن غصبنا من هذا المدعى عشرة دنانير وكنا عشرة أشخاص يحكم هلى هذا الغاصب المقر بجميع الدنانير العشرة (الهندية قبيل الباب الثامن من الغصب) . ولا يقال إن الغاصبين عشرة أشخاص والمغصوب عشرة دنانير فيلزم أن يضمن كل منهم ديناراً واحداً . لأن الغاصب بقوله (نحن غصبنا من هذا المدعي عشرة دنانير) يكون قد أقر بأنه قد غصبها مستقلاً . لأن كلمة (نحن) تستعمل أيضاً للواحد ويكون بقوله (وكنا عشرة اشخاص) قد رجح ، لكن لو قال الغاصب غصبت أنا وتسعة الأشخاص الفلانيين عشرة دنانير فالظاهر أن المقر يضمن ديناراً واحداً فقط . ما لم يثبت غصبه لجميعها (الشارح) .

إذا أنكر الغاصب الغصب تطلب البينة من المغصوب منه فإذا أقام المغصوب منه شهوداً تشهد على إقرار الغاصب بالغصب أو شهدوا بمعاينتهم فعل الغصب تقبل شهادتهم ولا يشترط في هذه الدعوى إحضار المنقول المغصوب إلى مجلس المحاكمة حسبما جاء في المادة (١٦٢١) لأن العادة أن يمتنع الغاصب عن إحضار المغصوب ولا يلزم الشهود أيضاً بيان أوصاف المغصوب لأنه وإن كان الشهود يمكنهم معاينة فعل الغصب حين الغصب إلا أنه لا يمكنهم الاطلاع على أوصاف المغصوب فلهذه المعذرة سقط من الاعتبار علم الشهود بأوصاف المغصوب (أبو السعود المصري) .

صورة حل وفصل الإختلاف في قيمته المغصوب :

إذا اتفق الغاصب والمغصوب منه على المال المغصوب فلا ريب بأنه يحكم بتلك القيمة ، أما إذا اختلفا في ذلك فيحكم بالقيمة التي يدعي بها المغصوب منه ويثبتها لأن المغصوب منه قد أثبت مدعياً بالبينة الملزمة (الهداية) أنظر المادتين (٧٥ و ٧٦) كما أنه يحكم بينة المغصوب منه فيما لو أقام كل من الغاصب والمغصوب منه البينة . لأنه لو اختلف المقومون في قيمة شيء يعني شهد إثنان على أن قيمة ذلك الشيء عشرة دنانير وشهد إثنان آخران على أنها تسعة فبما أن بينة الأقل نافية ترجح بينة اكثر ويجب أن يحكم بعشرة دنانير (الأشباه) أنظر المادة (١٧٦٢) .

أما إذا لم يثبت المغصوب منه الزيادة التي ادعاها فالقول مع اليمين للغاصب لأن المالك يدعي الزيادة والغاصب ينكرها والقول مع اليمين للمنكر، أنظر مادتي (٨ و ٧٦) الهداية، العيني، الطحطاوي.

أما إذا لم يثبت المغصوب منه الزيادة وصار توجيه اليمين على الغاصب فأراد الغاصب إثبات القيمة بالبينة تخلصاً من اليمين التي وجهت إليه وقد بين بعض المشايخ أنه تقبل البينة من الغاصب قياساً على الفقرة الأخيرة من المادة (١٧٧٤) إلا أنه لا يقبل هذه البينة على القول الصحيح (النهاية، العناية، والعيني، والشبلي، ومجمع الأنهر، ورد المحتار، وأبو السعود المصري).

فعليه إذا طلب الغاصب أن يثبت القيمة التي ادعاها ولم يقبل المغصوب منه الإثبات وطلب تحليف الغاصب على المقدار الذي يزيد عن إقراره لزم تحليف الغاصب اليمين (رد المحتار عن الخلاصة).

ليس للغاصب حق في رد اليمين أيضاً: فعليه إذا لم يستطع المغصوب منه إثبات قيمة المغصوب وصار توجيه اليمين على الغاصب من أجل الزيادة التي يدعيها المغصوب منه فقال الغاصب إني أرد اليمين على صاحب المال واو أدى القيمة التي يحلف عليها فليس للغاصب حق في ذلك حتى لو قبل المالك بذلك ورضي به لأن هذا التراضي وقع على شيء مخالف للشرع فهو لغو (الهندية في الباب السابع).

إذا قال المالك إن قيمة المغصوب عشرة دنانير مثلاً وقال الغاصب لا أعرف قيمة المغصوب لكنها أقل من القيمة التي يدعيها المالك وبما أن الغاصب قد أقر بقيمة مجهولة ويحتمل أن يكون كاذباً في قوله لا أعرف قيمته يجبره الحاكم على بيان مقدارها والقول مع اليمين للغاصب على كونه ليس بازيد من المقدار الذي يقربه. أنظر المادتين (٨ و ٧٦).

وإذا لم يبين الغاصب قيمته مع إجباره على الوجه المذكور فيحلف الغاصب على أن قيمة المغصوب ليست عشرة دنانير مثلاً كما يدعي المغصوب منه فإذا نكل ثبت المدعى به، أي ثبت أن قيمة المغصوب عشرة دنانير.

أما إذا حلف الغاصب على أن قيمته ليست عشرة دنانير وبما أنه لم يبين الغاصب القيمة رغماً عن الإجبار وقد أقر الغاصب بقيمة مجهولة ففي تلك الحال يحلف المغصوب منه على كون قيمة المغصوب منه عشرة دنانير كما يدعي فإذا حلف فله أخذ عشرة الدنانير من الغاصب (رد المحتار) والحال كما هو مبين في شرح المادة (٧٦) أنه لا يعدل عن المادة المذكورة أصلاً فكيف وجهت اليمين على المدعي على خلاف الأصل والقاعدة وقد تعرض صاحب رد المحتار لبيان سبب توجه اليمين على المدعي في هذه المسألة وعد تحليف المتبايعين في حالة اختلافهما في مقدار الثمن أو المبيع حسبما جاء في المادة (١٧٧٨) نظيراً لذلك إلا أنه يرد على ذلك السؤال الآتي وهو أنه لا يتوجه على المدعي يمين أبداً لنص الشارع على ذلك حيث لا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

وقد حل بعض الفقهاء هذه المسألة على الوجه الآتي:

إذا حلف الغاصب في المثال المذكورعلى أن قيمته ليست بعشرة دنانير فيحلف اليمين على أن قيمته

ليست تسعة أيضاً وإذا حلف فيحلف على أن قيمته ليست ثمانية دنانير أيضاً وإذا حلف على ذلك فيحلف على أنها ليست ستة دنانير أيضاً وهلم جرا إلى أن ينتهي إلى المقدار الذي لا يمكن أن تكون القيمة أنقص منه عرفاً وعادة فيلزم الغاصب بذلك المقدار. ويكون القول مع اليمين حينئذ للغاصب على أن القيمة ليست بأكثر من ذلك (رد المحتار).

وإذا كانت الدعوى على الغصب ووقعت الشهادة على الملك قبلت. فلو ادعى المدعي الغصب فلم تشهد الشهود التي أقامها على الغاصب بل شهدت على أن المدعى به هو ملك المدعي فقط تقبل شهادتهم عند أبي يوسف ويحلف المدعي على الوجه المذكور في المادة (١٧٤٦) (الهندية، وفتاوي أبو السعود في الرهن).

دفع الغاصب دعوى الغصب:

١ ـ إذا ادعى المدعي الغصب فدفع المدعى عليه بكونه اشترى المال المغصوب بكذا قرشاً وأقام كل منهما البينة ترجح بينة المدعى عليه (الهندية في الباب السابع).

٢ ـ لو ادعى الغاصب أنه رد المغصوب عيناً أو بدلاً وأعاده وأنكر المغصوب منه ذلك فالقول مع اليمين للمغصوب منه. لكن لو أثبت الغاصب دفعه بالبينة قبل منه هذا الدفع (الهندية في الباب السابع).

٣ ـ لو قال الغاصب إن الثوب المغصوب وإن كان صحيحاً وسالماً حين الغصب فقد مزقه المغصوب منه وهو في يدي، ويضمن الغاصب بعد تحليف المغصوب منه على عدم التمزيق وحلفه اليمين (الهندية في الباب السابع).

إدعاء اثنين المغصوب:

لو ادعى إثنان فرساً في يد واحد وأقام أحدهما البينة على كون ذي اليد قد غصبه منه في وقت كذا وأقام الثاني البينة على كون ذي اليد قد غصبه منه في وقت بعد ذلك الوقت المذكور فالفرس لمن يدعي ويثبت غصبه بالتاريخ المتقدم قياساً على قول أبي يوسف. ولا يضمن الغاصب شيئاً للمدعي الثاني (الهندية في الباب السابع).

تغييب المغصوب:

إذا غيب المغصوب بعد الغصب يكون المالك مخيراً إن شاء صبر لحين وجوده وأخذه عيناً متى وجد وإن شاء ضمن بدله، وإن كان المغصوب من القيميات واختلف في قيمته فالقول مع اليمين للغاصب، لأن المالك يدعي الزيادة والغاصب ينكرها لكن إذا أقام المالك البينة على زيادة القيمة ضمن لأن البينة أولى من اليمين (الجوهرة، الطحطاوي).

وفي هذه الحالة أي إذا أخذ المغصوب منه بدل المغصوب من الغاصب يصبح الغاصب مالكاً للمغصوب ويثبت له هذا الملك مستنداً إلى وقت الغصب، فلذلك يملك الغاصب أيضاً أرباح المغصوب وزيادته المتصلة (الهداية). وقد صار الغاصب مالكاً للمغصوب بعد الضمان لأنه لما كان المغصوب منه

مالكاً للبدل رقبة وملكاً فلزم أن يملك الغاصب البدل على ذلك الوجه وإلا وجب اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد، وبما أنه ليس في ذلك عدل بل فيه ضرر على الغاصب فيثبت ملك الغاصب في المغصوب الغائب دفعاً للضرر (مجمع الأنهر).

ومع ذلك فبما أن الملك الثابت بالاستناد على الوجه المحرز ناقص وهو من وجه ثابت ومن وجه آخر غير ثابت فلا يملك الغاصب الزوائد المنفصلة كالولد وتبقى هذه الزوائد للمغصوب منه. يعني لو غصب في شعبان فرساً فولدت في رمضان وضمنها بعد التغييب في شوال فالفلو مال للمغصوب منه وإن ثبتت ملكية الغاصب في شعبان. أما الزوائد المتصلة كالسمن فيملكها بهذا الضمان. لأن هذه الزوائد تابعة (رد المحتار).

مع أنه إذا نفذ البيع الموقوف والبيع الذي فيه الخيار فكما أن المشتري يملك الزيادة المتصلة يملك أيضاً الزيادة المنفصلة. فعليه لو باع أحد فرساً فضولاً لآخر وسلمه اياها فولدت وهي في يد المشتري وبعد ذلك أجاز المالك البيع وشروط الإجازة فالمشتري يملك الفلو أيضاً.

وإليك الفرق: بما أن الغصب فعل قبيح فلا يكون سبباً لتمليك. أما البيع فبما أنه سبب مشروع للملك فتستند إجازة المالك من كل وجه على وقت البيع (الطحطاوي).

وإذا ظهر المال المغصوب بعد أن حكم ببدل المغصوب على هذا الوجه فإذا ضمن الغاصب القيمة المتحققة بناءً على إدعاء الغاصب وإقراره أو على حلف الغاصب اليمين المكلف بها سواء أكانت قيمته مساوية للبدل الذي ضمنه الغاصب أو أزيد أو أنقص منها فيخير المالك بين أمرين على الوجه الآتي:

الأمر الأول: إذا شاء أخذ المغصوب ورد عوضه للغاصب (الهداية) لأن رضا المغصوب منه لم يكن تاماً لعدم أخذه العين التي كان يريد أخذها (الجوهرة، القهستاني، أبو السعود المصري العيني) وللغاصب في هذه الحال أن يحبس المال المغصوب إلى أن يسترد من المغصوب منه البدل الذي أعطاه اياه (مجمع الأنهر، عبد الحليم).

وفي هذه الحال لو اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال الغاصب إنها حدثت بعد التضمين وقال المالك إنها حدثت قبله وكانت موجودة حين الغصب فالقول عند بعض الفقهاء للغاصب.

إلا أنه إذا تلف المال المغصوب في يدا لغاصب قبل أن يسترد بدله فلا يلزم رد ذلك البدل بعد ذلك ويأخذ صاحب المال زيادته من الغاصب إذا كان ثمة زيادة. أما إذا لم يكن زيادة فلا شيء للمالك غير البدل المأخوذ (العيني).

الأمر الثاني، وإن شاء أمضى الضمان وأبقاه. ولا يخيّر الغاصب إذا ظهرت قيمة المغصوب أقل من المقدار الذي ضمنه. لأن البدل المذكور قد لزم بإقرار الغاصب. لكن بما أن ضمان الغصب معاوضة أيضاً. فيثبت للغاصب خيار العيب والرؤية (الطحطاوي وأبو السعود المصري).

إذا قبل الغاصب القيمة التي ادعاها المالك وأثبت المالك بالبينة قيمة المال المغصوب أو نكل الغاصب عن حلف اليمين على القيمة التي ادعاها المالك وضمن الغاصب القيمة التي تحقق كان

المال المغصوب ملكاً للغاصب وليس للمغصوب منه حق المداخلة أي لا يكون المغصوب منه مخيراً في ذلك لأنه بإدعاء المغصوب منه بذلك المقدار يكون راضياً به كما أنه لا يكون الغاصب مخيراً في ذلك أيضاً لأنه يراعي في ذلك جانب الغاصب لظلمه بإقدامه على الغصب والتغييب وإصراره على ذلك وهذا دليل على رضائه (الخانية، رد المحتار).

مثلاً لو قال المغصوب منه قد أخذت حصاني الذي تساوي قيمته ألف قرش تغلباً وغيبته وأثبت مدعاه وبعد أن أخذ ألف القرش من الغاصب وجد الحصان فليس للمغصوب منه أن يرد الألف القرش للغاصب ويسترد الحصان وكما أن الغاصب في هذه الحالة لا يكون مخيراً إذا ظهرت قيمته أقل من ألف قرش (رد المحتار وعبد الحليم).

نفاذ بيع الغاصب أو بطلانه:

إذا ضمن الغاصب بدل المال المغصوب بعد أن باعه لآخر ينفذ بيعه، حيث إن الغاصب يملك المغصوب بطريق الإستناد للضمان المذكور أي يملك المغصوب ملكاً مستنداً إلى وقت الغصب فلذلك نفذ بيعه لأنه بالإستناد المذكور قد نقدم سبب امتلاك الغاصب للمبيع المغصوب على بيعه اياه (جامع الفصولين في آخر الفصل الرابع والعشرين). يعني إن نفاذ بيع الغاصب متوقف على ضمان الغاصب بدل المغصوب للمغصوب منه.

أما لو اشترى الغاصب المال المغصوب بعد البيع المذكور أو اتهبه وتسلمه أو ورث الغاصب للمغصوب منه فلا ينفذ بيع الغاصب المذكور ويكون باطلاً. لأن الملك البات (وهو الملك اشتراء اتهاباً وإرثاً) إذا طرأ على ملك موقوف على إداء الضمان أبطله (أبو السعود المصري، ورد المحتار).

مثلاً لو غصب الغاصب في ابتداء محرم مالاً وباعه من آخر في منتصف الشهر المذكور وسلمه اياه وضمن في صفر قيمته وقت الغصب ملك المال المذكور بالضمان المذكور. وينفذ البيع المذكور لاستناد الملك فيه على متأخر واقتراض أنه مالك للمغصوب في ابتداء محرم. أما إذا ضمن قيمته وقت البيع بالتراضي على قول الإمامين - فكما أنه ليس مالكاً للمغصوب اعتباراً من ابتداء محرم فلو باع المغصوب منه المال المذكور أي المال المغصوب من الغاصب أو وهبه وسلمه اياه بعد أن باعه الغاصب من آخر أو ورثه الغاصب بعد وفاة المغصوب منه يبطل بيع الغاصب (رد المحتار).

وهنا يجب أن يعلم ما هو المثلي والقيمي حتى تفهم هذه المادة كما ينبغي. قد ذكر تعريفاً المثلي والقيمي في المادتين (١٤٥ و ١٤٦) كما أنهما ذكرا بتوضيح في المادة (١١١٩).

وقد عرفهما بعض الكتب الفقهية ومنها الهندية فقد أتت في الباب الأول من كتاب الغصب على تعريف القيمي والمثلي وعددتهما. وبما أنهما يفهمان من تعريفهما السالف الذكر فلا حاجة لتعداد أفرادهما (رد المحتار، وأبو السعود المصري).

﴿المادة ٨٩٢﴾ - (إذا رد وسلم الغاصب عين المغصوب لصاحبه في مكان الغصب يبرأ من الضمان).

يبرأ الغاصب من الضمان أولاً إذا رد عين المغصوب لصاحبه العاقل الحاضر يعني غير الغائب أو نائبه أي أعاده وسلمه حقيقة أو حكماً. ثانياً، إذا استردها لصاحبها. ثالثاً، إذا كان الغاصب وارثاً للمغصوب منه حصراً يعني يسقط وجوب الرد ولو لم يعلم صاحبه برده. ويجبر صاحب المغصوب على قبول المغصوب الذي ويرد إليه عيناً على هذا الوجه. إلا إذا رده الغاصب إليه على وجه المادة (٨٩٤).

إيضاح القيود:

١ ـ في مكان الغصب: فائدة هذا القيد قد وضحت في شرح المادة (٨٩٠) فلتراجع هناك.

٢ ـ عين المغصوب: يحترز بهذا التعبير عن بدل المغصوب وستأتي التفصيلات المتعلقة بهذا في شرح المادة (٨٩٥).

٣ ـ عاقل: يصح الرد والتسليم فيما إذا كان المغصوب منه عاقلاً كما يفهم من المادة (٨٩٦) الآتية (رد المحتار).

٤ ـ حاضر: إذا كان المغصوب منه غائباً. وندم الغاصب على فعله الغصب وطلب من الحاكم قبول الحيوان المغصوب أو إعطاءه الأمر بالإنفاق على الحيوان على أن يرجع بعد ذلك على المغصوب منه. فلا يقبل الحاكم هذا الطلب. ويترك المغصوب في يد الغاصب وتكون نفقته على الغاصب. حتى أنه لو أمره الحاكم بعد ذلك بالإتفاق على أن يرجع على المغصوب منه فلا حكم لهذا الأمر. وليس له الرجوع على المغصوب منه. إلا أنه إذا كان الغاصب غير أمين ومخوفاً ورأى الحاكم منفعة في بيع الحيوان وحفظ ثمنه بناءً على كون إتلافه المغصوب. ملحوظاً بحفظ الثمن للمغصوب منه على ذلك الوجه لأن هذه المعاملة نافعة من وجه للمغصوب منه أنظر المادة (٥٨) (الهندية قبيل الباب السابع من الغصب والخانية).

٥ ـ لصاحبه أو نائبه: صاحبه عبارة عن المغصوب منه ونائبه عبارة عن وصيه أو وارثه إذا توفي. لكن عند تعدد الورثة إذا رد أحدهم وكان هذا الرد بغير حكم الحاكم فلا يبرأ الغاصب من حصة الورثة الآخرين (الهندية في الباب السادس ومنية المفتين في الغصب).

وهذا التعبير، للاحتراز عن الرد لدار المغصوب منه أو لعياله. لأن الغاصب لو رد المال المغصوب لدار المغصوب منه أو لأحد من عياله كزوجته فلا يبرأ. كذلك الرد في الوديعة هكذا على قول كما ذكر في المادة (٧٩٤). بناءً عليه ليست الأحوال الآتية معدودة من الرد.

أولاً، لو أخذ مالاً من دار آخر بلا إذنه وبعد ذلك بأيام أعاده إلى المكان الذي أخذه منه فما لم يرده إلى مالكه فلا خلاص من الضمان.

ثانياً، لو غصب أحد حيوان الآخر من المرعى واستعمله ثم بعد ذلك أعاده إلى محله وقد قبل أن يأخذه صاحبه لزم ضمان الحيوان المذكور.

ثالثاً، لو غصب أحد من يد آخر دابة وعندما ردها لم يجد صاحبها أو خادماً له كسائس مثلاً ورد الدابة إلى اصطبله وربطها هناك فلا يخلص الرد الحاصل من الضمان.

رابعاً، لو غصب أحد نصف ألف القرش الموجود في كيسه وبعد ذلك بأيام رد النصف المغصوب إلى الكيس المذكور فكما أن الرد والتسليم غير صحيحين فلو ضاعت النقود التي في الكيس قبل أن يضع

صاحبها يده عليها كان ضامناً نصف المأخوذ المردود فقط (الهندية في الباب السادس). يذكر هنا أنه سيضمن نصف المأخوذ، والحال أنه يلزم ضمان الكل على ما هو موضح في المادتين (٧٨٧ و ٧٨٨) شرحاً.

ولزوم ضمان النصف فقط في هذه الحالة هو لا بد أن يكون مبيناً على السبب الآتي وهو كون الخلط الواقع برد النصف المأخوذ في صورة يمكن تمييزها وتفريقها أو أن يكون ليس في الكيس نقود غيرها (الشارح).

خامساً، لو غصب أحد دابة آخر من اصطبله وأعادها إلى الإصطبل بعد ذلك من دون أن يردها لصاحبها نفسه لا يبرأ على رواية ويبرأ على أخرى (جامع الفصولين).

وقد استحسن الإمام محمد عدم لزوم الضمان فيما لو أخذ أحد من دار آخر ثياباً وبعد أن لبسها خلعها ووضعها في المكان الذي وجدها فيه أو لو أخذ من اصطبل آخر دابة وبعد ذلك أعادها إلى الإصطبل (البزازية).

٦ - الرد والتسليم حقيقة أو حكماً: يحترز بهذا التعبير عن الأحوال الآتية وهي ليست معدودة من الرد:

أولاً، لو قال المالك للغاصب سق الحيوان المغصوب إلى الموضع الفلاني وبعه هناك وتلف في الطريق أثناء سوقه إلى ذلك المحل كان الغاصب ضامناً لأنه لم يسلم إلى المالك (البزازية).

ثانياً، لو أعار المالك المغصوب للغاصب فيما أنه لا يبرأ قبل أن يستعمله الغاصب بحكم الإعارة فلو تلف قبل الاستعمال كان ضامناً.

ثالثاً، لو قال المالك للغاصب أودعتك المغصوب وتلف المغصوب بعد ذلك في يد الغاصب كان ضامناً وهذه المسألة مباينة للمسألة التي في حق سقوط الضمان بالإيجاب فقط الواردة في شرح المادة (٧٧٣).

رابعاً، إذا أمر المالك الغاصب ببيع المال المغصوب كان صحيحاً وكان الغاصب بناءً على المادة (١٤٥٥) وكيلاً بالبيع. لكن كما أن المغصوب بمجرد هذا الأمر لا يخرج من ضمان الغاصب فلا يخرج من ضمانه أيضاً بمجرد البيع بناءً على ذلك الأمر فعليه لو تلف المبيع المغصوب قبل تسليمه للمشتري في يد الغاصب انتقض البيع وضمن الغاصب ضمان الغصب حتى انه لو باع الغاصب المغصوب من آخر بناء هذا الأمر وبعد ذلك رد المشتري المغصوب للغاصب بخيار العيب. فإذا كان هذا الرد قبل قبض المشتري يعد المغصوب في ضمان الغاصب أيضاً. وإذا كان بعد قبض المشتري فلا ترجع الضمان إلى الغاصب أنظر المادة (٥١).

خامساً، لو باع المغصوب منه المغصوب الذي في يد الغاصب بالذات من شخص ثالث فبما أن ذلك لا يبرئ الغاصب من الضمان فلو تلف المبيع في يد الغاصب قبل تسليمه للمشتري يضمن الغاصب.

سادساً، لو أمر المالك الغاصب بأن يضحي الشاة التي غصبها منه فلا تخرج الشاة قبل التضحية من ضمان الغاصب (الهندية في الباب السادس من الغصب).

أقسام الرد:

الرد قسمان: القسم الأول الرد الحقيقي ويحصل هذا بإعطاء الغاصب المال المغصوب لصاحبه وقبضه اياه. والرد المبين في هذه المادة، هو هذا القسم من الرد.

القسم الثاني، الرد الحكمي، وهو الرد المبين والمذكور في الفقرة الأولى من المادة (٨٩٣) والمسائل الآتية هي من قبيل الرد الحكمي أيضاً.

المسألة الأولى، إذا أوقع صاحب المال فعلاً في المغصوب وهو في يد الغاصب وكان إيقاع ذلك الفعل من أجنبي يجعله غاصباً فيكون صاحب المال قابضاً لماله ولو كان صاحب المال يجهل أن المال المذكور ماله لأن ثبوت يد صاحب المال على ماله يوجب سقوط الضمان عن الغاصب (الهندية في الباب السادس).

مثلاً لو ركب صاحب المال على الحيوان الذي في يد الغاصب أو ذهب إلى دار الغاصب ولبس ثيابه المغصوبة التي في يد الغاصب برأي الغاصب. سواء أوقع ذلك الفعل وهو عالم بأن المال المغصوب ماله أو لم يكن عالماً بذلك. لأن الحكم يبني على السبب وليس على العلم.

وعليه فبما أن صاحب المال قد وضع يده على ماله بالركوب أو اللبس على هذا الوجه فتكون قد ارتفعت يد الغاصب بذلك وزال الضمان (البزازية).

المسألة الثانية، لو استعار وارث المغصوب منه حصراً بعد وفاة المغصوب منه المال المغصوب من الغاصب وتلف في يده يبرأ الغاصب (البزازية في الباب السادس).

المسألة الثالثة، لو استأجر الغاصب المغصوب من المالك لعمل ما وباشر الغاصب بالقيام في العمل فهلك بعد ذلك المغصوب يبرأ الغاصب من الضمان. لأن الغاصب قابض بصفته مستأجراً بسبب وجوب الأجر عليه (البزازية) وأما عند الإمام محمد فيعد الغاصب قد قبض المأجور بمجرد عقد الإجارة ويبرأ من ضمان الغصب لأن قبض الغصب هو أعلى وقبض الإجارة أدنى. أنظر شرح المادة (٢٦٢) فعليه لو انقضت مدة الإجارة بعد ذلك فلا يعود ضمان الغصب (الهندية في الباب السادس).

مثلاً لو استأجر الغاصب الدار التي غصبها من مالكها وكان حين الاستئجار ساكناً فيها أو مقتدراً على السكنى يبرأ من الضمان. أما إذا لم يكن الطرفان في الدار المغصوبة أو عندهما حين الاستئجار فلا يبرأ الغاصب (البزازية في الغصب).

٧ ـ استردها صاحبها: لو أوقع صاحب المال فعلاً في المال المغصوب وهو في يد الغاصب ولو أوقعه أحد في مال الغير عد غاصباً فيكون صاحب المال بفعله هذا قابضاً للمال المغصوب كما ذكرت أمثلته آنفاً.

٨ ـ أو كان الغاصب وارثاً للمغصوب منه حصراً: إذا كان الغاصب وارثاً للمغصوب منه حصراً يبرأ من الضمان. مثلاً لو سرق أحد مالاً من أبيه وتوفي أبوه بعد ذلك وكان وارثاً له حصراً فلا يؤاخذ في الآخرة لأن المال قد انتقل إليه بحسب الإرث (الهندية في الباب الرابع عشر من الغصب).

٩ ـ كان بريئاً من الضمان: يبرأ الغاصب من الضمان على عدة وجوه:

أولها، يبرأ برده وإعادته عين المغصوب للمغصوب منه كما فصل هنا.

ثانيها، يبرأ بصيرورة الغاصب وارثاً حصراً كما بين هنا.

ثالثها، لو أبرأ صاحب المال الغاصب من المال بعد أن تلف المال المغصوب في يد الغاصب أو أتلفه الغاصب يعني بعد أن انقطع حق المالك من المغصوب وانقلب إلى البدل يبرأ الغاصب من الدين يعني يبرأ من ضمان البدل (الهندية في الباب السادس).

رابعها، لو أبرأ المغصوب منه الغاصب من عين المغصوب وهو موجود في يد الغاصب يبرأ الغاصب من الضمان بهذا الإبراء سواء أكانت العين المذكورة قيمية كالثوب والدابة أو مثلية كالدراهم والدنانير. بناءً عليه يبقى بعد ذلك المال المغصوب في يد الغاصب (الخانية).

خامسها، لو أحل المغصوب منه العين المغصوبة للغاصب يبرأ الغاصب من الضمان. فلو أحل صاحب المال المغصوب المال المغصوب وهو في يد الغاصب عيناً فيكون هذا الإحلال سبباً للإبراء من الضمان وتكون العين المغصوبة أمانة في يد الغاصب (البزازية والخانية في الغصب).

سادسها، يبرأ الغاصب بإجازة المغصوب منه قبض الغاصب فعليه لو غصب أحد من آخر مالاً وبعد ذلك أجاز صاحب المال قبض الغاصب كان الغاصب بريئاً من الضمان. لأن الإجازة على ما ذكر في شرح المادة (٧٩١) كما تلحق الأقوال تلحق الأفعال أيضاً. حتى انه لو أخذ مال آخر وغصبه وسلمه لشخص آخر وأجاز المغصوب منه بعد ذلك هذا التسليم كان صحيحاً وبرئ ذلك الشخص من الضمان.

سابعها، لو أمر المغصوب منه الغاصب بحفظ المال المغصوب بعد أن استعمله وحفظه الآخر أي أنه إذا شرع بحفظه بناءً على هذا الأمر كان بريئاً من الضمان أيضاً أما بمجرد الأمر المذكور فلا يبرأ من الضمان (منية المفتين).

ثامنها، يبرأ الغاصب بإيداع المغصوب منه المال المغصوب أنظر شرح المادة (٧٧٣).

١٠ ـ ولو لم يعلم صاحبه: يستفاد من ذكر هذه المادة مسألة الرد مطلقة وفي هذه المادة مسألتان:

المسألة الأولى، عدم لزوم علم صاحبه بهذا الرد فلذلك لو غصب أحد من آخر شيئاً وبعد ذلك أحضره ووضعه في حجر ذلك الشخص ولم يعلم ذلك الشخص أن ذلك الشيء هو ماله وأخذ آخر ذلك الشيء منه بريء الأخذ الأول وتصبح المسئولية والعهدة على الأخذ الثاني (الهندية في الباب السادس من الغصب). أما إذا لم يضعه في حجر ذلك الشخص ووضعه أمامه وأخذه رجل آخر فيكون الضمان على الأول والثاني معاً. أنظر المادة (٩١٠).

وعليه لو أخذ أحد من كيس آخر نقوداً وبعد أن صرفها واستهلكها أعاد مثلها بدون علم المغصوب منه إلى ذلك الكيس ووضعها فيه وخلطها بما فيه من النقود وبعد ذلك صرف المغصوب منه ما في كيسه من الدراهم كلها أو رفع الكيس من المحل الذي كان فيه سقط الضمان عن الغاصب (يتيمة

الزهر، وأبو السعود المصري) (الهندية في الباب السادس) وعليه لو ألبس الغاصب المغصوب منه الثوب المغصوب بدون علمه وبقي لابساً اياه حتى صار عتيقاً كان الغاصب بريئاً (البزازية).

كذلك لو غصب أحد خبزاً فأطعمه للمغصوب منه برئ الغاصب ولو لم يعلم المغصوب منه أنه خبزه (البزازية) إلا أنه لو غير الغاصب المغصوب إلى أن تبدل اسمه على ما جاء في المادة (٨٩٩) وأطعمه بعد ذلك للمغصوب منه فلا يبرأ الغاصب لأنه متى غير الغاصب المغصوب على هذا الوجه كان مالكاً له فيكون الغاصب حينئذ قد أطعمه ماله وتبرع له به (الجوهرة).

فعليه لو غصب الغاصب الدقيق فعمله خبزاً أو غصب اللحم وطبخه وأطعمه للمغصوب منه لا يبرأ (الهندية في الباب السادس من الغصب). وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح الرد ما لم يقف على كونه ماله. لأن هذه الأقوال ليست رداً، وإنما هي حيلة وخدعة (الطحطاوي).

المسألة الثانية، لا تتوقف صحة الرد على التصريح بكونه من جهة الغصب. وعليه لو أودع الغاصب المغصوب منه المال المغصوب ووهبه اياه فكما أنه يبرأ بذلك فلو سرق المغصوب منه المال المغصوب من غاصب الغاصب، كان الغاصب بريئاً. حتى إنه لو استرد غاصب الغاصب المال المغصوب من صاحبه فليس لصاحب المال المخاصمة مع الغاصب الأول (البزازية).

﴿المادة ٨٩٣﴾ إذا وضع الغاصب عين المغصوب أمام صاحبه بصورة يقدر معها على أخذه يكون قد رد المغصوب وإن لم يوجد قبض حقيقي وأما لو تلف المغصوب ووضع الغاصب قيمته أمام صاحبه بتلك الصورة فلا يبرأ ما لم يوجد قبض حقيقي

إذا وضع الغاصب عين المغصوب أمام المغصوب منه في مكان الغصب بمقتضى المادة (٨٩٠) بحيث يستطيع أن يتناوله ويأخذه بمده يده وهو في مكانه فيعد قابضاً حكماً ويعتبر المغصوب قد رد إلى صاحبه ويبرأ الغاصب من الضمان ولو لم يوجد قبض حقيقي ولم يقبله المغصوب منه. لأنه لما كان المردود إلى المغصوب منه عين ماله فلا يتوقف على قبوله ورضاه.

والرد بمقتضى هذه المادة يطلق عليه الرد الحكمي ولحوق علم صاحب المال شرط في صحة هذا الرد (رد المحتار) وتتفرع عن هذه المادة المسألتان الآتيتان:

المسألة الأولى، إذا وضع الغاصب عين المغصوب أمام المغصوب منه على الوجه المذكور في هذه المادة بحيث يستطيع المغصوب منه أن يمد يده ويأخذ المغصوب وهو جالس في مكانه ولم يقبل المغصوب منه أخذه فأخذه الغاصب وأعاده إلى داره فيكون الغاصب قد غصبه ثانية ويضمن بدله في زمان ومكان الغصب الثاني (رد المحتار).

المسألة الثانية، إذا وضع الغاصب عين المغصوب في حجر المغصوب منه فرمى بها المغصوب منه من حجره فأخذها شخص آخر بريء الغاصب. وفي الدين لا يبرأ إلا ان يقبضه أو يضعه بين يديه

أو في حجره فإن رمى به فقد برئ وإن لم يعلم أنه له (البزازية).

١ - يستطيع أخذه، أما إذا وضع الغاصب المغصوب بعيداً عنه بحيث لا يمكن المغصوب منه أخذه وتناوله بدون القيام من مكانه ولو وضعه الغاصب على هذا الحال وتركه وذهب وضاع فلا يبرأ.

٢ - إذا وضعه أمامه، أما إذا حضر الغاصب المال المغصوب ولم يضعه أمام صاحبه بل قال للمغصوب منه وهو في يده خذه ولم يقبل المغصوب منه أخذه كان المال المغصوب بعد ذلك أمانة في يد الغاصب. ولا يتجدد الغصب بأخذ الغاصب المغصوب على هذه الصورة (رد المحتار، البزازية، الهندية في الباب السادس).

أما لو وضع قيمة المال المغصوب الذي هو من القيميات وتلف أو أتلف واستهلك أمام صاحبه فلا يبرأ من الضمان ما لم يوجد القبض حقيقة. لأن إعطاء بدل المغصوب مبادلة والمبادلة إما أن تكون من الطرفين أو بحكم الحاكم كما في الشفعة. فتجري المعاملة في هذا الحال على وجه المادة (٨٩٥) (رد المحتار) بخلاف الوديعة فإنه يبرأ إذا وضعها بين يدي صاحبها وكذلك عين المغصوب يبرأ بوضعها بين يديه والفرق أن الواجب في قبض الدين الحقيقي لتحقق المعوضة أما في الوديعة والغصب فيتحقق الرد بالتخلية لعدم المعاوضة (الجوهرة).

القبض الحقيقي، يحصل القبض حقيقة بأخذ المغصوب منه بيده بدل المغصوب برضاه كما أنه يحصل بوضع الغاصب بدل المغصوب في يد المغصوب منه أو في حجره (البزازية).

وتعبير قيمته في المجلة ليس احترازاً عن مثله. ولذلك لو وضع الغاصب مثل المغصوب الذي تلف أمام صاحبه فلا يبرأ من الضمان ما لم يوجد قبض حقيقي لأن هذا مبادلة أيضاً.

﴿المادة ٨٩٤﴾ لو سلم الغاصب عين المغصوب إلى صاحبه في محل مخوف فله حق في عدم قبوله ولا يبرأ الغاصب من الضمان بهذه الصورة.

إذا أراد أحد وفاء الحق الواجب عليه لآخر في محل مخوف فلذلك الشخص ألا يقبل ذلك.
المسائل المتفرعة عن هذا الضابط:

من الغصب: لو سلم الغاصب عين المغصوب في محل مخوف لصاحبه كما لو سلمه اياه في موضع هاجمه فيه قطاع الطريق فلصاحبه حق في عدم القبول ولو كان هذا التسليم على وجه الفقرة الأولى من المادة الآنفة. لأن الأموال في هذا الحال تعد كأنها قد دخلت في أيدي اللصوص. ولا يبرأ الغاصب في هذه الصورة من الضمان أي إذا سلمه في محل مخوف وتركه بدون أن يقبله المغصوب منه (البهجة). أما إذا قبله فيبرأ من الضمان أيضاً لأنه لما كان الحق فله اسقاطه وقد أوضح في شرح المادة (٨٩٠) أن للغاصب تسليم بعض نوع المغصوب في محل غير مكان الغصب.

وقول هذه المادة في محل مخوف يعني ان ذكر المحل مطلقاً يدل على أنه لو كان المحل المخوف هو مكان الغصب فللمغصوب منه عدم القبول أيضاً فلو غصب أحد شاة من آخر في قرية وبعد ذلك هاجم

قطاع الطريق والأشقياء تلك القرية وفي أثناء شروعهم في غصب الأموال ونهبها أعاد الغاصب للمغصوب منه الشاة المغصوبة الموجودة في يده عيناً فللمغصوب منه عدم قبولها.

من الكفالة: لو سلم الكفيل بالنفس المكفول به في مكان لا تمكن المخاصمة فيه فله عدم قبوله كما يستفاد من المادة (٦٦٣) (أنظر شرح المادة المذكورة من الدين: إذا أراد المديون تأدية دينه في موضع قطع فيه اللصوص الطريق على المسافرين وباشروا في نهب أموالهم فللدائن على القول المفتى به عدم قبول القبض (البهجة).

﴿المادة ٨٩٥﴾ - (إذا أدى الغاصب قيمة المال المغصوب الذي تلف إلى صاحبه ولم يقبله راجع الحاكم فيأمره بالقبول).

إذا أعطى الغاصب قيمة أو مثل المال المغصوب الذي تلف أو أتلف أو استهلك أو ضاع إلى صاحبه ولم يقبله راجع الحاكم فإذا صدق صاحب المال المغصوب تلفه أو أثبت الغاصب تلفه بالبينة فيأمره بقبول البدل في الحال وبعد أن يحبس الغاصب مدة من طرف الحاكم حسب ما هو مذكور في شرح المادة (٨٩٠) يؤمر المغصوب منه بقبول بدل المغصوب أي يجبر من الحاكم على القبول ومعنى الأمر والجبر عده قابضاً بتخليته ووضعه أمامه (البزازية).

مثلاً لو أراد الغاصب إعطاء المغصوب منه قيمة الفرس الحقيقية فقال المغصوب منه لا آخذ قيمته واعطني فرساً كفرسي فيراجع الغاصب الحاكم فيحكم الحاكم على المغصوب منه بقبول قيمة المغصوب وبعد ذلك يبرأ الغاصب برد قيمة الفرس وتسليمها للمغصوب منه أو بوضعه القيمة المذكورة في حجر صاحب المال أو أمامه أما إذا وضع الغاصب قيمة المغصوب أمام المغصوب منه بحيث يمكنه أخذه بدون أمر القاضي فلا يبرأ (الخانية).

ومسألة تعيين هذه القيمة تابعة للأصول الموضحة في شرح المادة (٨٩١).
ولا يجبر المغصوب منه على قبول المقدار الذي يعطي من الغاصب بداعي أنه قيمة المغصوب.

سؤال - إن الغاصب مدعى عليه والمغصوب منه مدع ولما كان المدعي لا يجوز اجباره على طلب حقه وأخذه في السبب في اجبار المغصوب منه على قبول دعوى الغاصب واجباره على أخذ الحق.
الجواب - لما كان للغاصب المستهلك الحق في التخلص من المسؤولية الدنيوية والأخروية بتبرئة ذمته فلذلك تسمع دعوى الغاصب بقصد الحصول على حقه هذا (الجوهرة).
إن تعبير القيمة هنا ليس احترازياً على ما هو مذكور في شرح المادة (٨٩٣) والحكم على هذا المنوال فيما لو أحضر مثل المال المغصوب الذي تلف ولم يقبله.

﴿المادة ٨٩٦﴾ - (إذا كان المغصوب منه صبياً ورد الغاصب إليه المغصوب فإن

كان مميزاً وأهلاً لحفظ المال يصح الرد وإلا فلا ويبرأ الغاصب من الضمان حسب المادة (٨٥٠)).

ويبرأ الغاصب من الضمان حسب المادة (٨٥٠).

لأن الغاصب قد فسخ فعله وأدى عين واجبه. أما إذا لم يكن أهلاً لحفظ ماله وغير قادر على الحفظ فلا يصح الرد إليه بعد التحول من مكان الأخذ ولا يبرأ الغاصب من الضمان ويلزم رده إلى ولي الصغير المذكور في مادة (٩٧٤) لأن الرد إلى الصغير غير المميز على هذا الوجه هو بمنزلة الرد في المسألة الآتية:
وهي لو أخذ أحد سرجاً من على ظهر الفرس ثم أعاده إلى ظهرها بعد ذلك فلا يبرأ ذلك الشخص من الضمان حيث لم يكن الحيوان أهلاً للحفظ (الهندية في الباب السادس) ويرد على الفقرة الأخيرة من هذه المادة لغز يقال فيه أي غاصب لا يبرأ إذا رد المغصوب لمالكه ويجاب على ذلك انه إذا رد الغاصب إلى المغصوب منه الذي لا يفرق بين الأخذ والرد المغصوب بعد غصبه منه فلا يبرأ (الأشباه).
ويمكن أن تكون المادة (٨٩٤) جواباً آخر على هذا اللغز أيضاً يقسم رد المغصوب باعتبار المغصوب منه إلى أربعة أقسام ولأجل يفهم هذه المادة كما ينبغي أن تقسم مسألة رد المغصوب باعتبار المغصوب منه إلى أربعة أقسام:

القسم الأول، كون المغصوب منه كبيراً أي عاقلاً وبالغاً. وقد مر حكم ذلك في المادة (٨٩٢).
القسم الثاني، أن يكون المغصوب منه صبياً مأذوناً بالتجارة. والرد لهذا صحيح كالعاقل والبالغ.
فعليه إذا كان المغصوب موجوداً عيناً فترد عينه وإذا كان مستهلكاً فيرد بدله للصبي فإذا قبله كان صحيحاً. أنظر المادة (٩٧٢) الخانية. وإذا لم يقبله فيعامل على وجه المادة الآنفة.
القسم الثالث، إذا كان المغصوب منه صبياً محجوراً وكان مميزاً أي عاقلاً للحفظ والقبض والأخذ والرد، ورد إليه عين المغصوب كان الرد صحيحاً (البزازية).

هذان القسمان الثاني والثالث المبينان في الفقرة الأولى من مادة المجلة هذه عامان أيضاً. أنظر المادة (٩٦٧).

القسم الرابع، كون المغصوب منه صبياً غير مميز وعلى هذا التقدير لو رد الغاصب المال المغصوب بعد أن نقله من مكان الأخذ فلا يصح هذا الرد أما لو رده قبل نقله وتحويله من مكان الأخذ يصح أيضاً ويبرأ الغاصب استحساناً (الهندية في الباب السادس) والرد المبين في الفقرة الثانية من هذه المادة هو هذا في القسم الثالث، لا يصح رد البدل للصبي المميز المحجور وإن صح رد عين المغصوب إليه فعليه إذا كان المال المغصوب من الصبي المحجور دراهم مثلاً ورد الغاصب مثلها للصبي المذكور بعد أن استهلكها فلا يصح. لأن دفع البدل يتضمن معنى التمليك مبادلة (الخانية).

والحاصل يصح رد العين إلى الصبي إذا كان مميزاً. سواء أكان مأذوناً أو غير مأذون. أما في رد بدل المغصوب فلا يكفي أن يكون الصبي مميزاً بل يلزم أن يكون الصبي مأذوناً أيضاً (جامع أحكام الصغار).

وفي الصور التي يصح الرد للصبي يلزم الرد لمن له حق التصرف في مال الصغير. وهم الأشخاص المذكورون في المادة (٩٧٤) ويثبت لهم حق التصرف على الترتيب المذكور في المادة المذكورة حتى أنه لو رده لجد الصغير وأبوه حي لا يصح ولا يبرأ الراد. ما لم يكن الجد المذكور وكيلاً من جانب الأب.

اختلاف الفقهاء في الرد إلى النائم:

وتعبير الصبي هنا احتراز عن النائم. وتجري التفصيلات الآتية في الرد إلى النائم. واتحاد النوم شرط عند ابي يوسف في صحة الرد للنائم. فعليه إذا رد إلى النائم المال المغصوب وهو في ذلك النوم كان الغاصب بريئاً. مثلاً لو أخذ الخاتم الذي في اصبع آخر وهو نائم ووضعه بعد ذلك في اصبعه وهو في ذلك النوم بريء والحكم على هذا المنوال في خلع الخف من الرجل والعمامة من الرأس. أما إذا حصل الرد بعد استيقاظه من نومه وفي أثناء نومه ثانية فلا يصح الرد المذكور ولا يبرأ الغاصب.

ويشترط عند محمد اتحاد المجلس في صحة الرد للنائم. فعليه لو رد المال المغصوب من النائم إليه في نوم ثانٍ يصح رده إذا وقع ذلك في المجلس نفسه حتى إذا اعاد في المجلس يبرأ عن الضمان ولو في نومة أخرى فإذا لم يحوله عن مكانه وأعاده إلى اصبعه أي اصبع كان أو رجله أي رجل كان زال الضمان عنه وإن حوله ثم أعاده في تلك النومة أو غيرها لا يبرأ ما لم يرده إليه حالة اليقظة.

أما لو رد المال المغصوب من المستيقظ للمغصوب منه وهو مستيقظ كان صحيحاً (البزازية وجامع الفصولين والخانية والهندية في الباب السادس).

﴿المادة ٨٩٧﴾ - (إذا كان المغصوب فاكهة فتغيرت عند الغاصب كأن يبست فصاحبه بالخيار إن شاء استرد المغصوب عيناً وإن شاء ضمنه قيمته).

المال المغصوب قسمان باعتبار الحالة التي تحصل فيه بالغصب. القسم الأول، حدوث حال لا توجب انقطاع حق المالك من المال المغصوب. مثلاً إذا كان المغصوب فاكهة فتغيرت بنفسها كأن يبست فصاحبه مخير إن شاء استرد المغصوب عيناً وعلى هذا التقدير لا يعطى للغاصب شيئاً ولا يأخذ منه شيئاً وإن شاء ترك المال المغصوب للغاصب وضمنه بدله (مجمع الأنهر) لأنه لما كان المال المغصوب موجوداً من وجه وغير موجود من آخر فإن شاء المغصوب منه أخذه عيناً باعتباره موجوداً وإن شاء أخذ بدله باعتباره غير موجود.

مثلاً إذا كان المال المغصوب عنباً فيبس بنفسه وصار زبيباً أو كان بلحاً فصار تمراً أو كان المغصوب لبناً فصار مخيضاً يجري الحكم المذكور. يعني إن شاء المغصوب منه ترك الزبيب والتمر والمخيض وضمن الغاصب مثل البلح والعنب واللبن. ولما كان الحكم في المثليات على هذا المنوال فليس قول المجلة الفاكهة احترازياً (الهندية).

كذلك لو غصب أحد خمر آخر فحلل بدون أن يوضع فيه شيء كملح أو خل يأخذه صاحبه من

الغاصب بغير إعطاء شيء (الخانية) والمادتان (٨٩٨ و٩٠٠) من هذا القسم أيضاً يعني من قبيل المال المغصوب الذي لا ينقطع حق المالك منه والمفهوم من تعبير (تغيرت) هو حصول التحول في المغصوب بنفسه بدون فعل الغاصب وصنعه، أما حكم التحول الحاصل لفعل الغاصب كما لو غصبت الفاكهة المذكورة ويبست بفعل الغاصب وعمله ملكها الغاصب على ما هو مذكور في المادة الآتية. لأن العنب إذا كان أخضر يقال له عنباً وإذا كان ناشفاً يقال له زبيباً. وبذلك يكون قد تغير اسمه أنظر المادة (٨٨٩) وشرحها.

القسم الثاني، حدوث حال موجب لانقطاع حق المالك في المال المغصوب والمادة (٨٩٩) هي من هذا القبيل (جامع الفصولين).

﴿المادة ٨٩٨﴾ - «إذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً وإن شاء ضمنه قيمته مثلاً لو كان المغصوب ثوباً وكان قد صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب وإن شاء أعطى قيمة الصبغ واسترد الثوب عيناً»

التغيير الذي يحصل في المغصوب على قسمين:

القسم الأول، تغيير الوصف. وحكم هذا سيبين على الوجه الآتي. لو غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء على المغصوب من ماله. فإذا حصلت زيادة بهذا التغيير فالمغصوب منه مخير على ثلاثة أوجه.

الوجه الأول - إن شاء ترك المغصوب للغاصب وضمنه اياه إذا كان من القيميات أخذ قيمته وإن كان من المثليات فمثله. وعلى هذا التقدير يكون الغاصب قد أخذ ماله عيناً والمغصوب منه قد أخذه معنى

الوجه الثاني - وإن شاء أعطى قيمة تلك الزيادة للغاصب واسترده عيناً. وعلى هذا التقدير يكون على الضد من الوجه الأول فيكون المغصوب منه قد أخذ ماله والغاصب أخذ ماله معنى.

وقد لزم إعطاء الغاصب قيمة الزيادة لأن الزيادة مال متقوم وفصلها وتمييزها متعذران. ولا يستلزم ارتكاب الغاصب الجناية سقوط تقوم ماله وبطلان حقه فيه (ابو السعود المصري، الطحطاوي).

الوجه الثالث، وإن شاء باع القماش فكما يأخذ صاحب القماش حصة قماشه من الثمن يأخذ الغاصب حصة الصباغ منه. وعلى هذا التقدير يكون الغاصب والمغصوب منه قد استوفيا حقهما معنى. ومعنى الشيء عبارة عن قيمته.

إيضاح قيود المادة:

١ - تغير: هذا التعبير للاحتراز عن التغير الذي يحصل بنفسه وقد بين حكم ذلك في المادة الآنفة.

٢ - الزيادة في المغصوب بسبب هذا التغير الخ:

أما الفقهاء فقد اختلفوا فيما إذا لم تحصل زيادة من هذا التغيير بل أوجب نقصاناً فالمغصوب منه مخير

عند بعض الفقهاء إن شاء ترك المغصوب للغاصب وضمنه بدله. وإن شاء أخذ المغصوب عيناً ولم يعط الغاصب شيئاً ولو غصب الغاصب قماش كتان طربزوني عد لأن يعمل قميصاً ضيقاً فصبغه أسود فبما أن هذه الصبغة موجبة نقصان ذلك القماش يخير المغصوب منه. فإن شاء تركه الغاصب وضمنه بدله. وإن شاء أخذه عيناً ولا يعطي شيئاً للغاصب (الجوهرة) وعند البعض الآخر من الفقهاء تفرض أن تلك الصبغة في قماش آخر توجب فيه زيادة القيمة فتعطى الزيادة للغاصب.

مثلاً إذا كان قيمة القميص الذي يستعمل في الأستانة من قماش كتان طربزوني قبل الصبغ ثلاثين قرشاً وكانت قيمته بعد الصبغ عشرين قرشاً أي إذا حصل نقصان في قيمته عشرة قروش بسبب الصبغ وعلى الرواية المنقولة عن الإمام محمد تفرض تلك الصبغة في قماش آخر توجب الزيادة فيه فإذا كانت تلك الصبغة توجب الزيادة خمسة قروش في قماش آخر فيأخذ المغصوب منه قماش الكتان مع تضمين الغاصب خمسة قروش نقصان القيمة وتكون خمسة القروش الأخرى مقابلة للخمسة القروش زيادة الصبغة إذ أنه كما أن للمغصوب منه أن يضمن الغاصب عشرة قروش النقصان الحاصل بسبب الصبغة فللغاصب أيضاً أن يأخذ خمسة القروش قيمة الصبغة فعليه إذا طرحت خمسة القروش المذكورة من العشرة قروش التي يحق للمغصوب منه أخذها كان للغاصب أن يأخذ خمسة القروش الباقية من نقصان القيمة فقط (الهداية والعيني، ورد المحتار).

وقد قال الزيلعي مع أن للمغصوب منه حق أخذ تمام المغصوب لم يصل إليه تمام المغصوب في هذه المسألة ومع كونه لم ينتفع من الصبغ بل سبب الصبغ تلف ماله أي نقصان قيمته فالزامه فضلاً عن ذلك بإداء قيمة الصبغة أمر مشكل انتهى والقول الأول سالم من مثل هذا الإعتراض وقد رجح.

مثلاً لو صبغ الغاصب القماش المغصوب وازدادت بذلك قيمة القماش يجبر صاحبه أي المغصوب منه لأن تفريق الصبغة عن القماش متعذر على أحد الأوجه الثلاثة الآتية (١) إن شاء ترك القماش المصبوغ للغاصب وضمنه القماش فإذا كان من القيميات ضمنه فقيمته غير مصبوغ وإن كان من المثليات ضمنه مثله غير مصبوغ (أنظر المادة ١١١٩). (٢) وإن شاء أعطى الغاصب قيمة الصبغ يعني أنه يعطي الغاصب قيمة الزيادة الحاصلة بسبب الصبغ يوم الخصومة من النقود ويسترد القماش عيناً وهو مصبوغ ويعين ثمن الصباغة على الوجه الآتي:

أولاً ـ يقوم القماش وهو مصبوغ ثانياً يقوم وهو غير مصبوغ. فما كان بين القيمتين من الفرق والتفاوت هو ثمن الصباغة (٣) وإن شاء باع القماش صاحبه فيضرب ثمن المبيع في قيمة القماش غير مصبوغ فيأخذه صاحب القماش ويضرب ثمن المبيع أيضاً في زيادة الصباغة ويأخذه الغاصب (الهندية في أول الباب الثاني).

وتخيير المغصوب منه على هذا الوجه قد نظر فيه إلى منفعة الطرفين وروعى حقهما يعني أنه قد روعى حق الغاصب والمالك معاً وفي ذلك صيانة لحق الطرفين (أبو السعود المصري).

سؤال ـ إن هذا الخيار قد خصص بصاحب الثوب فلماذا لم يخصص بالغاصب صاحب الصبغ

فيقال إن الغاصب مخير إن شاء ترك القماش للمغصوب منه وضمنه قيمة الصباغ وإن شاء أخذ القماش ودفع قيمته.

جواب ـ القماش أصل ومتبوع والصباغة وصف وتابع. حتى إن القول (ثوب مصبوغ) يدل على هذا. وعلى هذا فصاحب الثوب صاحب الأصل. أما صاحب الصبغ فصاحب وصف فعليه قد كان تخيير صاحب الثوب أولى (أبو السعود المصري والجوهرة).

لو باع الغاصب القماش بعد أن صبغه على الوجه المذكور من آخر وسلمه للمشتري وغاب الغاصب ثم حضر بعد ذلك صاحب القماش وحكم على المشتري برده وإعادته للمغصوب منه فللمشتري المحكوم أن يأخذ كفيلاً عن بدل الصباغة من صاحب القماش. وينتقض البيع بهذا الحكم أيضاً (الهندية في الباب الثاني).

لو صبغ الراهن الثوب المرهون الذي في يد المرتهن على هذا الوجه، فكما أنه يخرج الرهن من الرهنية ويضمن الراهن قيمته للمرتهن فلو رهن الثوب والصباغ معاً وسلمه اياهما معاً وصبغ الراهن بعد ذلك الثوب المذكور بذلك الصباغ كان المرتهن مخيراً فإن شاء ضمن بدلي الثوب والصباغ. وإن شاء قبل الثوب المصبوغ وأمسكه في يده رهناً (في الباب الثاني من الغصب) «أنظر المادة ٧٤١» وشرحها.

إيضاح قيود المثال:

١ ـ القماش، هذا القيد للاحتراز عما إذا غصب الغاصب الصباغ وصبغ به ثوبه. حتى إنه لو غصب صاحب القماش الصباغ وبعد أن صبغ قماشه باعه لآخر فليس لصاحب الصباغ مراجعة المشتري بل يضمن صاحب القماش بدل الصباغ (الهندية في الباب الثاني) إن كان يكال فمثل كيله وإن كان يوزن فمثل وزنه وإن كان مما لا يكال ولا يوزن فقيمته يوم أخذه وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب لأن الثوب متبوع وليس بتابع (الجوهرة).

كذلك لو غصب أحد داراً فجصصها فعلى صاحب الدار عند استرداده الدار أن يؤدي الغاصب قيمة الزيادة الحاصلة مع التجصيص أو يقبّل أن يأخذ الغاصب كلسه (الأنقروي) وللغاصب أخذ كلسه في حالة بقاء الكلس بعد النقض مالاً أي إن كان له قيمة كما هو مذكور في شرح المادة (٥٢٩) ويقال لها المرمة غير المستهلكة أما إذا علم أن ليس للمنقوض قيمة أصلاً بعد النقض كالصباغ والكلس الذي طلى به الحائط فليس له أخذه وكذا لو نقشها بالاصباغ فإن شاء أخذها وأعطى الغاصب ما زاده الصباغ فيها (الهندية في الباب الثاني).

٢ ـ إذا صبغ الغاصب قد أسند في هذا فعل الصبغ إلى الغاصب: لأنه إذا صبغ قماش أحد بدون صنع انسان كان يهب الريح فيلقي القماش في إناء الصبغ فيصبغ فلا يخير حينئذ صاحب القماش بالخيار المذكور في المجلة وفي هذه الصورة إذا تراضى الطرفان على شيء جاز ذلك التراضي وإلا جرت المعاملة على الوجوه الثلاثة الآتية.

(١) أن يؤدي صاحب القماش بدل الصباغ لصاحبه (٢)، أن يصير الثوب المصبوغ مشتركاً بينهما

كل بمقدار حقه يعني لو كانت قيمة الثوب غير مصبوغ عشرين قرشاً ومصبوغاً ثلاثين قرشاً يكون الثوب مشتركاً بينهما الثلثان لصاحب الثوب والثلث لصاحب الصبغ (٣) أن يباع القماش ويقسم ثمنه حسب استحقاقهما (الهندية في الباب الثاني، والجوهرة، الخانية، الطحطاوي).

لأنه لما لم يصدر من أحدهما أي فعل يوجب الضمان ولم يكن ممكناً ترتيب ضمان على أحدهما لزم أن يعدا شريكين (العيني و الخانية).

٣ ـ صبغ، ولما ذكر الصباغ هنا مطلقاً فيشمل الصباغ الأسود أيضاً. والحكم على الوجه المذكور في المجلة متفق عليه إذا كان الصباغ أحمر أو أصفر أما إذا كان الصباغ أسود فقد اختلف المجتهدون فيه فعند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى يخير المغصوب منه إذا صبغ القماش الأبيض صباغاً أسود. فإن شاء ضمنه قيمته أبيض. ويترك القماش للغاصب وإن شاء أخذه مصبوغاً أسود ولا يعطى للغاصب شيئاً. أما عند الإمامين فلا فرق بين اللون الأسود وبين سائر الألوان وحكم هذه المادة جاء في اللون الأسود أيضاً.

والاختلاف المذكور اختلاف عصر وزمان وليس اختلاف حجة وبرهان (الدر المنتقي). لأن الصباغ الأسود لم يكن معدوداً في زمن الإمام الأعظم زيادة. أما في زمن الإمامين فقد كان يعد زيادة. لأن الإمام الأعظم قد عاش في زمن بني أمية الذين امتنعوا عن لبس السواد أما الإمامان فقد عاشا في زمن العباسيين الذين كان السواد شعاراً لهم. أنظر المادة (٣٩).

ويحكى أن هارون الرشيد قد سأل الإمام أبا يوسف قائلاً ما أحسن الألوان في اللباس فأجابه قائلاً إن أحسن الألوان ما كتب به القرآن فاستحسن الخليفة منه ذلك وأخذ في استعمال السواد لباساً وتبعه من جاء بعده من الخلفاء (الطحطاوي).

وكما أن قصر الثياب بالنشا والصمغ هو كالصمغ فالوشم بالمواد الطاهرة هو كالصبغ أيضاً أما الوشم بالنجس فهو تنقيص (الهندية في الباب الثاني).

كذلك إذا عمل الغاصب من القماش المغصوب كفائف فإذا كانت تلك الكفائف جزءاً من ذلك القماش فلا يعد زيادة ويأخذه صاحبه بلا شيء أما إذا عملها الغاصب من حرير فحكمها حكم الصبغ (الهندية في الباب الثاني).

كذلك لو غصب أحد القماش والصباغ معاً من شخص وصبغ القماش بالصباغ يخير المالك إن شاء أخذ القماش مصبوغاً. ويبرأ الغاصب بهذا من الضمان وإن شاء ضمن الغاصب بدل القماش والصباغ معاً (الهندية في الباب الثاني).

وتعبير «إذا صبغ» للاحتراز عن الغسل بالصابون والاشنان. لأن الغاصب لو غسل الثوب المغصوب فللمغصوب منه استرداده من الغاصب بدون إعطائه شيئاً. سواء أغسل بالصابون أو غسل بالاشنان لأنه لم تزدد بالغسل على هذا الوجه عين في الثوب. والصابون والاشنان المستعملان في الغسل يتلفان ولا يبقى منهما في العين أثر (الجوهرة، الهندية في الباب الثاني).

ولا يختلف هذا الحكم فيما إذا صبغ الغاصب الثوب المغصوب بصباغ من ماله أو بصباغ مغصوب من آخر فعليه لو غصب الغاصب القماش من زيد والصباغ من عمرو وصبغ القماش المغصوب بالصباغ المغصوب ضمن الصباغ لصاحبه وبعد ذلك تجري أحكام هذه المادة في ذلك كأنما صبغه بصباغة (العيني).

وعلى هذا التقدير لو اتفق صاحب الثوب وصاحب الصباغ على أن يأخذ الثوب مصبوغاً فلا يجوز أيضاً وإنما يأخذ صاحب الثوب على ما هو مذكور أيضاً. ويضمن الغاصب الزيادة الحاصلة بسبب الصباغ. ويضمن صاحب الصباغ الغاصب بدل الصباغ (الهندية في الباب الثاني).

٤ ـ مخير، ويفهم من ذكر التخيير على الإطلاق أنه إذا كانت قيمة الصباغ أكثر من قيمة القماش يكون الحكم على المنوال المشروح. والأقل في هذه الصورة لا يتبع الأكثرية بمقتضى المادة (٩٠٢).

٥ ـ قيمته، المعتبر في قيمة الصباغ قيمته يوم الخصومة كما هو مذكور في أثناء شرح المادة وإلا فليست قيمته يوم اتصاله بالقماش (أبو السعود المصري) أي يؤدي المنصوب منه ما يحصل من الزيادة بسبب الصباغ للغاصب نقوداً.

ومع أن الغاصب يخير في المادة (٩٠٢) على هدم البناء فلا يجبر الغاصب في هذه المادة على تفريق صباغه. لأنه لما كان تفريق الصباغ عن القماش متعذراً فلو فرق عنه بالغسل لاختلط الصباغ بالماء وذهب ضياعاً. أما البناء فله وجود بعد النقض (أبو السعود).

الاختلاف في الزيادة: لو ادعى الغاصب أنه قد صبغ القماش على الوجه المذكور وأن له أخذ بدل الزيادة بمقتضى حكم هذه المادة وادعى المغصوب منه أنه قد غصب وهو مصبوغ فالقول للمغصوب منه. وإذا أقام كلاهما البينة رجحت بينة الغاصب. والحكم على هذا المنوال في الاختلاف في بناء الدار وحيلة السيف (البزازية) ولو اختلفا في مشاع موضوع في الدار المغصوبة أو في آخر موضوع أو في باب موضوع فالقول قول الغاصب والبينة بينة المغصوب منه.

القسم الثاني تغير الذات. والتفصيلات في هذا الشأن مذكورة في المادة الآتية.

﴿المادة ٨٩٩﴾ ـ (إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامناً ويبقى المال المغصوب له. مثلاً لو كان المال المغصوب حنطة وجعلها الغاصب بالطحن دقيقاً يضمن مثل الحنطة ويكون الدقيق له كما أن من غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه يكون ضامناً للحنطة ويكون المحصول له).

بما أن حق المالك وملكه يزولان عن المغصوب وينقطعان ويصبح الغاصب بذلك مالكاً له فيلزم الغاصب أن يضمن بدله للمغصوب منه. ولا يأخذ المغصوب منه ذلك المال وهو متغير على الوجه المذكور

لأن تبدل الاسم يدل على تبدل العين وتعتبر عين المغصوب كأنها لم تكن باقية ولا موجودة فينقطع حق المالك من الغاصب فيلزم الضمان عليه لتعديه بتبديل المغصوب وتغييره (أبو السعود).

الأصل: يوجد أصلان في مسائل الغصب.

الأصل الأول، يستبدل بتبدل الاسم على انقطاع حق المالك. وهذا الأصل يشمل عامة مسائل الغصب. وعليه فلو طحن الغاصب الحنطة المغصوبة أو خبز الدقيق المغصوب أو عمل القماش المغصوب قميصاً أو نسج الخيوط المغصوبة قماشاً أو الخوص المغصوب زنبيلاً أو الخشب المغصوب باباً أو الحديد المغصوب سيفاً أو جز الصوف الذي على ظهر الغنم وجعله لبوداً أو عصر السمسم المغصوب زيتاً أو عمل التراب المغصوب لبناً للمباني أو قرميداً أو خلل عصير العنب المغصوب فيكون قد تغير المغصوب ويكون قد انقطع منه حق المالك (الهندية في الباب الثاني وفي الباب الرابع عشر، الكفاية العيني، الخانية).

مثلاً لو عمل الغاصب الحنطة المغصوبة دقيقاً فيكون قد استهلكها، والدليل على الاستهلاك هو ما يأتي:

أن الحنطة قبل الطحن تكون حبة مشقوقة البطن وبعد الطحن لا تبقى تلك الصورة وزوالها معنى هو أن الحنطة تكون قبل الطحن قابلة للزرع والقلي لأنها تطبخ هريسة ولا تصلح بعد الطحن كذلك وبثبوت هذا التغاير بين الحنطة والدقيق في الوجوه المذكورة يصبح الدقيق جنساً آخر عن الحنطة وينقطع عنها حق المالك فلا يبقى للمغصوب منه حق في أخذ الدقيق (الطحطاوي).

كما أنه يزول اسم الحنطة بعد الطحن تصبح صورتها ومعناها زائلين أيضاً فزوال الاسم يثبت على الوجه الآتي: مع أن اسمها قبل الطحن حنطة فيصبح دقيقاً بعد الطحن. أما زوال الصورة فيثبت أيضاً كما يلي:

فعليه لو أخذ أحد تراب عرصة آخر مملوكة فيعمل منها قرميداً فليس لذلك الشخص مداخلة في القرميد ويضمنه بدل التراب في محله. وقد بينت المادة الثانية عشرة من قانون الأراضي على هذه المسألة الشرعية أما إذا لم تكن قيمة للتراب في محله فلا يلزم الغاصب شيء (أنظر شرح المادة ٨٨١). وفي هذا الحال لا بأس في انتفاع الغاصب بالقرميد المذكور (الكفاية العيني، الخانية، الهندية في الباب الثالث).

كذا لو غصب أحد شاة آخر وبعد أن ذبحها وطبخها قال مالكها لا آخذ قيمة شاتي وإني آخذها مطبوخة فلا يلتفت إلى ذلك لأن المغصوب منه قد زال ملكه من ذلك اللحم.

كذلك لو غصب أحد فلوس آخر فعمل منها إناء كان الغاصب ضامناً الفلوس. لأنه أخرجها عن كونها ثمناً (الهندية في الباب الثاني).

كذلك لو غصب أحد بذر دود القز أي دود الحرير فرباه فأصبح دودا فيصبح للغاصب ويضمن بدله للمغصوب منه (الهندية في الباب الثامن).

كذلك لو غصب أحد بطيخة وقسمها إلى عدة قطع انقطع منها حق المالك (الهندية في الباب الرابع عشر).

الأصل الثاني ـ يستدل من بقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك. وهذا الأصل أيضاً شامل لعامة مسائل الغصب.

كقطع قطعة واحدة من البطيخة المغصوبة وغصب الأرز وتقشيره ودرس الحنطة المغصوبة فقط وغصب الحطب وقطعه وسيوضح بعض هذه الأشياء قريباً (الهندية في الباب الرابع عشر).

إيضاح القيود:

١ ـ الغاصب: وقد أشير باسناد التغيير إلى الغاصب في هذه الفقرة إلى مسألتين:

المسألة الأولى، إذا غيره المغصوب منه بريء الغاصب من المسؤولية ويكون المغصوب منه قد استرد المال المغصوب. أنظر شرح المادة (٧٩٢). مثلاً لو غصب أحد من آخر عشر كيلات حنطة ثم أعطاه اياها قائلاً له اطحنها لي فطحنها ثم أطلع على أنها ماله فله امساك الدقيق. كذلك لو غصب أحد من آخر خيوطاً وبعد ذلك أعطاها للمغصوب منه قائلاً انسجها لي قماشاً فنسجها وبعد ذلك اطلع على أنها له فله الإمتناع عن تسليم القماش للغاصب (الخانية).

المسألة الثانية: إذا غير شخص مال آخر بإذن وأمر ذلك الآخر فيكون المغير لصاحب المال أنظر المادة (٩٥).

فلو غزل أحد قطن آخر بإذنه فالخيوط المغزولة لذلك الآخر، وفي هذه الصورة لو قال صاحب القطن غزلته بأمري فالخيوط لي وقال الآخر غزلته بلا أمر فقد انقطع حقك منه واختلفا على هذه الصورة فالقول لصاحب القطن، ومع أن الأصل هو عدم الإذن بناء على المادة (٩) ومقصود ذلك الشخص من هذا استحقاق ملك الغير فلا يقبل قوله (الخانية) وقد ورد في الخانية تفصيلات في مسألة غزل المرأة قطن زوجها.

٢ ـ بحيث يتغير اسمه: أما التغيير بحيث لا يتبدل اسمه فلا ينقطع به حق المالك. ولنوضح هذا بأمثلة ثلاث: أولاً، ذبح الغاصب الشاة المغصوبة فقط، ثانياً، كسر الغاصب الحطب المغصوب، ثالثاً، ضرب السبيكة من الذهب أو الفضة المغصوبة نقوداً أو عملها إناء وما اشبه ذلك من التغييرات فلا توجب انقطاع حق المالك. وسيوضح ذلك على الوجه الآتي:

إيضاح ذبح الشاة: لو ذبح الغاصب الشاة المغصوبة أو ذبحها وسلخها وقطعها لا يتغير اسمها لأنه يطلق على الشاة المذبوحة على هذا الوجه شاة مذبوحة (الكفاية) إلا أن ذبح الغاصب الشاة على ذلك الوجه مما يفوت به أعظم منافعها كالدر والنسل فالمغصوب منه مخير بعد الذبح سواء أقطعها الغاصب أم لم يقطعها إن شاء أخذها مذبوحة وضمن الغاصب نقصانها وإن شاء تركها للغاصب وأخذ كل قيمتها لأنه في هذه الحال تكون قد فاتت بعض منافعها كالنسل وبقيت منافعها الأخرى كاللحمية فتكون من وجه في

حكم التالفة ومن وجه آخر في حكم الباقية والموجودة فلذلك جعل المغصوب منه مخيراً على الوجه المذكور حيث إن ذبح الشاة هو نقصان فيها باعتبار فوات جزء من العين وفوات بعض الأغراض (الكفاية وأبو السعود المصري).

سواء أكان الحيوان المذكور معداً للذبح أو كان معداً ليكون قنية. وللحفظ ولزوم الضمان فيما إذا كان معداً للذبح هو: لما كان يحتمل أن يكون لصاحب المال بعض المقاصد كتربيته اياه مدة وتسمينه أو كانتظاره وقتاً مناسباً لذبحه فقد عدت إزالة حياة ذلك الحيوان عيباً (الهداية).

وقطع رجلي الحيوان مأكول اللحم الأماميتين أو الخلفيتين في حكم ذبحه. فعليه يخير المغصوب منه على تقدير قطع رجليه كتخييره في حال ذبحه (مجمع الأنهر). أما لو ذبح الحيوان غير مأكول اللحم أو قطع رجله أو رجليه ينظر. فإذا لم تبق له منفعة ما يعد أن قطع أو ذبح فيكون قد استهلكه من كل وجه فيضمنه الغاصب لصاحب المال. فلو قتل الحمار قتلاً من غير ذبح فلا يمكن الإنتفاع بجلده قبل الدباغة. فذبح الحمار مثلاً لما كان بمنزلة الدباغة ويكون لجلد الحمار قيمة فلصاحب الحمار أخذه مذبوحاً أو مقطوعاً وتضمين الغاصب الذابح قيمة النقصان إذ بقيت له منفعة وقيمة بعد القطع والذبح (الكفاية). ولو ذبح حمار غيره ليس له أن يضمنه النقصان ولكنه يضمنه جميع القيمة عند أبي حنيفة وعند محمد للمالك أن يمسكه ويضمنه النقصان وإن شاء ضمنه كل القيمة ولا يمسك المذبوح (الهندية في الباب الثاني).

كذلك لو ركب أحد على فرس آخر بدون اذنه فكسرت رجل الفرس وهو يمشي فتعطلت فلصاحب الفرس تركه للغاصب وتضمينه قيمتها (مجمع الانهر، البهجة). والتفصيلات التي في هذا الشأن ستبين تحت عنوان الخاتمة في أواخر هذا الكتاب.

كسر الغاصب الحطب المغصوب: لو كسر الغاصب الحطب المغصوب بصورة فاحشة فلا يملكه حتى لو ازدادت قيمته بسبب ذلك لأنه لا يكون قد تغير اسمه ولا ينقطع حق المغصوب منه في الرجوع (مجمع الأنهر الهندية في الباب الثاني، الطحطاوي).

ضرب الذهب والفضة المغصوبين نقوداً أو صنعهما إناء أو كأساً: لو ضرب الغاصب سبيكة الذهب أو الفضة نقوداً أو عمل منهما إناء أو كأساً فلا ينقطع حق المالك فيهما عند الإمام الأعظم ويأخذهما المالك مجاناً. لأن عين المغصوب باقية من كل وجه إذ أن جسمهما باق ووزنهما وثمنهما اللذان هما معناها الأصلي باقيان أيضاً أما عند الإمامين فينقطع حق المالك وتسقط صلاحية استرداده اياه (الهندية في الباب الثاني) أما إذا اتخذ من سبيكة الذهب أو الفضة المغصوبة صفائح مطولة أو مدورة أو مربعة فلا ينقطع حق المالك بالإجماع (الهندية في ذلك المحل).

وهل يلزم ضم عبارة (فوات أعظم منافعه) إلى فقرة (تبدل اسمه)؟.

قد جاءت هذه المادة في بعض الكتب الفقهية (تغييره بحيث يتبدل اسمه وتزول أعظم منافعه أي أكثر مقاصده الخ) وجاء في بعضها (تغييره بحيث يتبدل اسمه الخ) فقط. وإن يكن القهستاني قال بأن زوال الاسم لا يستلزم زوال أعظم منافعه فقد قال أكثر الفقهاء بأن زوال الاسم يوجب زوال أعظم

منافعه أفلا لزوم لإضافة (إذا زال أعظم المنافع) مثلاً الحنطة فكما أنها تكون بذراً تعمل هريسة وكشكاً ونشاء أما إذا عملت دقيقاً فكما يتبدل اسمها فتخرج عن كونها حنطة فلا تصلح أن تكون بذراً أو أن يعمل منها هريسة ونشاء وهنا قد بين أنه يزول أعظم المنافع بتبديل الاسم وقد قبلت المجلة ذلك أيضاً.

٣ ـ إذا غير: أما إذا تغير بدون فعل الغاصب كصيرورة العنب زبيباً والخمر خلاً والرطب تمراً، فقد بين حكم ذلك في المادة (٨٩٧).

ويبقى ذلك المال للغاصب يعني يكون ملكاً للغاصب. لأن الغاصب لما كان قد أحدث فيه صفة متقومة صار حق المالك هالكاً من كل وجه وبتغير اسمه وبفوت أعظم منافعه يبقى حق الغاصب بالصفة باقياً من كل وجه فيرجح الحق الباقي من كل وجه على الحق الهالك من كل وجه (الهداية).

وصيرورة الصفة التي أحدثها الغاصب متقومة ناشئة عما يأتي:

طبخ الشاة مثلاً أو جعلها شواء وطحن الحنطة مما يزيد قيمتها. والسبب في صيرورة حق المالك هالكاً من كل وجه هو: أن العلم بقيام الشيء إنما يكون بصورته ومعناه فقط والصورة قد زالت (العيني). وعليه وإن كان ينقطع حق صاحب المال بعد تغيير الغاصب على الوجه المذكور، فهل صيرورة الغاصب مالكاً للمال المغصوب مشروطة بالضمان وإلا فهل يملكه بمجرد التغيير قبل الضمان؟ فقد اختلف في هذا (الهندية في الباب الثامن).

فعند بعض العلماء أن الغاصب يملك المغصوب بمجرد تغييره المغصوب لأنه مع انقطاع حق ملكية المالك إذا لم يملكه الغاصب لزم أن يكون ملكاً بلا مالك. لكن لا يحل للغاصب الإنتفاع به قبل إداء الضمان أي أن فيه حكمين، الحكم الأول: انقطاع ملكية الغاصب منه من المغصوب وصيرورة الغاصب مالكاً له. وهذا الحكم يحصل بتغير المغصوب بصورة يتبدل فيها اسمه ولا يتوقف على إداء بدل الضمان للمغصوب منه (البزازية، مجمع الأنهر، الطحطاوي عن الهداية).

والحكم الثاني، تحليل انتفاع الغاصب بالمغصوب المتغير على هذا الوجه. وهذا الحكم موقوف استحساناً على رضا المالك ويكون رضى المالك على أربع صور:

أولاً، أداء الغاصب بدل الضمان. ثانياً، حكم الحاكم ببدل الضمان وقضاؤه به. لوجود الرضى منه لأنه لا يقضي الحاكم إلا بطلبه (الجوهرة).

ثالثاً، تراضي الطرفين على بدل معين. رابعاً، إبراء المغصوب منه الغاصب (رد المحتار). فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى شرط الطيب ثبوت الملك بالبدل وعندهما أداء البدل وقولهما أقرب إلى الاحتياط (الخانية) وعليه يعني على قولهما الفتوى (القهستاني). ولو أن رجلاً أخذ شاة لرجل بغير إذنه فذبحها أو طبخها أو شواها كان لصاحبها أن يضمنه القيمة فإن كان صاحبها غائباً أو حاضراً لا يرضى أن يضمنه لم يسغ للذي ذبحها أو شواها أن يأكلها ويطعم منها أحداً ولا يسع أحداً أن يأخذها منه حتى يضمن للذي

صنع بها ذلك قيمتها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض ويسعه أن يأكل منه أو أن يطعم من أحب إذا أدى القيمة أو كانت ديناً عليه وإن لم يضمن القيمة فليتصدق بها وإن أبى صاحبها أن يأخذ القيمة وأراد أن يأخذ اللحم وهو مطبوخ أو مشوي لم يكن له ذلك (الهندية في الباب الثامن).

أما القياس فحل الانتفاع بدون الرضا. كذلك قد ورد هذا الوجه على رواية. لأن الملك المجوز تصرف الغاصب ثابت ويجوز بيع وهبة ذلك المال قبل الضمان حتى لو باع الغاصب ذلك المال أو وهبه وسلمه قبل الضمان نفذ مع الحرمة (الهداية، البزازية، جامع الفصولين).

وعلى هذه الرواية لو غصب أحد طعاماً ومضغه وبعد أن استهلكه على هذا الوجه بلعه يكون بلعه اياه حلالاً (الهداية وأبو السعود المصري والخانية والهندية في الباب الثامن).

ووجه الاستحسان: هو الحديث الشريف القائل في الشاة المغصوبة المذبوحة المشوية (اطعموها الأسارى). وهذا الأمر العالي يدل على عدم حل انتفاع الغاصب قبل إداء الضمان وقبل الإرضاء عند زوال ملك المالك. فأمره بالتصديق مع كون المالك معلوماً يبين أن الغاصب قد ملكها إذ مال الغير يحفظ عنه إذا أمكن وثمنه بعد البيع فلما أمره بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع قبل الإرضاء (الطحطاوي).

وكذلك لما كان حل الانتفاع قبل إداء الضمان وقبل الإرضاء موجباً لفتح باب الغصب فقد كان الإنتفاع حراماً قبل الإرضاء حسماً لمادة الفساد (الهداية).

وعند بعض علماء آخرين لا يملك الغاصب المغصوب بمجرد التغيير. بل يحصل الملك بأمر من أمور ثلاثة يعني يكون بإداء الضمان أو بالحكم بالضمان أو بتراضي الغاصب والمغصوب منه على الضمان. وعليه وعلى هذه الرواية لو غصب أحد طعاماً ومضغه وبعد أن استهلكه على هذا الوجه بلعه فيكون بلع حراماً والمروى عن مفتي الثقلين أن الرأي الصحيح عند المحققين هو هذا (أبو السعود المصري وعبد الحليم).

كل موضع ينقطع به حق المالك من المال المغصوب على الوجه المذكور في هذه المادة يكون المغصوب منه أحق به من سائر غرماء الغاصب إلى أن يستوفي حقه إلا أن هذه الاحقية مع ذلك لم تبلغ درجة الرهن فلو ضاع ذلك المال يضيع من مال الغاصب (البزازية).

مثال أول: لو كان المغصوب حنطة وطحنها الغاصب انقطع حق المالك ولزم أن يكون ضامناً وكان الدقيق له كما إذا غصب ثوباً فأحرقه فصار رماداً فإنه ينقطع حق المالك بالإستهلاك فكذا هذا (الطحطاوي).

ويتفرع عن كون الدقيق للغاصب المسائل الآتية:

أولاً ـ إذا امتنع المالك عن أخذ البدل وأراد أخذ الدقيق عيناً فليس له حق في ذلك (العيني).

ثانياً ـ لو عمل الغاصب من الدقيق المذكور خبزاً وأطعمه للمغصوب منه فلا يحصل الرد بذلك ولا يخلص الغاصب من الضمان (رد المحتار). أنظر شرح المادة (٧٩٢). ثالثاً ـ لو ظهر لذلك الدقيق مستحق

وهو في يدالغاصب وأخذه بعد الإدعاء والإثبات فللمغصوب منه تضمين الغاصب الحنطة أيضاً. كذلك لو خاط الغاصب من القماش المغصوب قميصاً له فظهر مستحق لذلك القميص وضبطه من يده فللمغصوب منه تضمين الغاصب بدل القماش المغصوب (الهندية في الباب الرابع عشر) أما لو ضبطت الحنطة بالاستحقاق قبل أن تطحن والقماش قبل أن يخاط قميصاً يبرأ الغاصب كما بين في شرح المادة (٨٩١).

كذلك لو استعار أحد منشاراً وانقطع في أثناء النشر من وسطه ووصله بلا إذن المالك انقطع حق المالك وضمن المستعير للمالك قيمة المنشار منكسراً (الدر المحتار، الطحطاوي) لأن المنشار إذا انقطع خرج عن كونه منشاراً والمنشار وإن كان وهو منكسر ملك لصاحب المال فإذا وصله المستعير بعد ذلك فيكون قد غيره بصورة يتبدل فيها اسمه ويملكه ويكون ضامناً له.

مثال ثان ـ لو وضع البيض الذي غصبه تحت دجاجته ففرخت كانت الفراخ ماله وضمن للمغصوب منه البيض (البزازية).

مثال ثالث ـ لو عجن الغاصب الدقيق أو صنع الصفر المغصوب أواني أو الجلد فرواً أو جراباً فبما أنه ينقطع حق المالك منها لتبدلها اسماً ومعنى بفعل الغاصب فتبقى للغاصب ويضمن الغاصب الدقيق أو الصفر أو الجلد إذا كان جلد حيوان مذبوح (الهندية، العيني، أبو السعود).

وقد بينت أمثلة أخرى أيضاً في شرح الفقرة الآنفة.

كذلك لو غصب أحد حنطة آخر وزرعها في مزرعته ضمن حنطته وكان المحصول له وليس للمغصوب منه دخل في المحصول المذكور (البهجة).

ولما كان لا يوجد تغيير في هذه الفقرة بحيث يتبدل اسمه فلا تعد هذه الفقرة من فروعات هذه المادة بل أن الحنطة المغصوبة قد استهلكت بالزرع فلزوم الضمان فيها هو مبني على حكم المادة (٨٩١) حتى إن الحكم على هذا المنوال أيضاً فيما إذا لم يزرع الغاصب الحنطة المغصوبة في أرضه وزرعها في أرض مغصوبة من الغير أو من المغصوب منه والواقع أنه وإن تبدل اسم الحنطة إذا زرعت فنبتت واخضرت فلا يشترط في لزوم ضمان الحنطة المزروعة أن تثبت وتخضر ويتغير اسمها بل يلزم الضمان فيها إذا زرعت حتى لولم تنبت مطلقاً وقد وصفت الهداية صورة الزرع بالاستهلاك إذ قالت في ذلك لوجود الاستهلاك من كل وجه.

ويفهم من هذه الإيضاحات أن هذه الفقرة ليست مثالاً لهذه المادة بل هي نظير وشبيه لها في لزوم الضمان نظير آخر: لو أدخل الغاصب الحجر أو الخشب أو الآجر أو الكلس المغصوب في بنائه يعني لو أدخله في إنشاء بنائه واستهلكه كان ضامناً. وليس للمغصوب منه نقض الأبنية واسترداده عيناً (علي أفندي).

لأن ذلك بعد إدخاله في البناء يستلزم الحاق الضرر بواحد من الغاصب والمغصوب منه فالحاق الضرر بالغاصب هو تخريب بنائه وإلحاق الضرر بالمغصوب منه هو تضييع حقه من هذه الأشياء. وان

قياس الضرر هو أن يرى أن ضرر المالك عبارة عن نقل المالية في ماله من العين إلى القيمة وجبر ضرره الواقع بالقيمة أما ضرر الغاصب فيكون قد هدر بالكلية فأدى ذلك إلى ابطال الحق فعليه لما كان الضرر المجبور بالقيمة أدنى من الضرر المحض فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب (أنظر المادة ٢٧).

وكذلك قد حصل تغيير بإدخال هذه الأشياء في البناء. لأن هذه الأشياء قبل إدخالها في البناء كانت منقولة فأصبحت بعد الإدخال عقاراً وبناء عليه فهي من وجه هالكة ومن وجه آخر متغيرة وقد مر آنفاً أن التغيير موجب لانقطاع حق المالك (مجمع الأنهر ونتائج الأفكار).

﴿المادة ٩٠٠﴾ إذا تناقض سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه أن لا يقبله وأن يطالب بقيمته التي كانت في زمان الغصب ولكن طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب يلزم الضمان. مثلاً إذا ضعف الحيوان الذي غصب ورده الغاصب إلى صاحبه يلزم ضمان نقصان قيمته كذلك إذا شق الثوب الذي غصب وطرأ بذلك على قيمته نقصان فإن كان النقصان يسيراً يعني لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب فعلى الغاصب ضمان نقصان قيمته وإن كان فاحشاً أعني إن كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو أزيد فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه نقصان القيمة وإن شاء تركه للغاصب وأخذ منه تمام قيمته.

النقصان العارض للمغصوب وهو في يد الغاصب أربعة أقسام (القهستاني).

القسم الأول، النقصان بتراجع السعر بدون تغير في عين المغصوب. وهذا النقصان ليس موجباً للضمان أصلاً، إذا رد الغاصب عين المغصوب إلى مكان الغصب (الطحطاوي) فعليه لو نقص سعر وقيمة المغصوب بعد الغصب أو رد الغاصب المغصوب في مكان الغصب فليس لصاحبه الامتناع عن أخذه والمطالبة بقيمته في زمان الغصب يعني لا يسأل الغاصب بمجرد تغير الأسعار ولا يتخلف هذا الحكم. سواء أكان المغصوب قيمياً أو مثلياً. لأن نقصان السعر يكون بفتور الرغبات لا بفوات جزء في المغصوب (الدرر) أما فتور الرغبات فهو شيء يحدثه الله تعالى في قلوب العباد وعين المغصوب لما كانت متساوية في كلتا الحالتين وقائمة كما فى السابق فلا يوجب هذا الحال تغير الأحكام (العيني والجوهرة).

فعليه لا يكون تغير السعر مضموناً (البزازية).

لو أخذ أحد من آخر مقداراً من الدراهم النحاسية رشوة ثم كسدت الدراهم وأراد المرتشي إعادة الدراهم عيناً إلى صاحبها لبقائها في يده فليس لصاحب الدراهم النحاسية أن يطلب بدلاً عن دراهمه الكاسدة فضة أو ذهباً (الفيضية).

ولا يسأل الغاصب فيما إذا سلم المال المغصوب في مكان الغصب عن هبوط سعره.

أما إذا لم يرده ويسلمه في مكان الغصب فالمالك مخير. إن شاء طلب تسليمه في مكان الغصب وإن

شاء أخذ قيمته وقد مرت تفصيلات ذلك في شرح المادة (٨٩١) لأن النقصان حدث من قبل الغاصب بنقله اياه إلى هذا المكان فكان ملزماً بالضرر مطالباً بالقيمة وله أن ينتظر (العيني).

القسم الثاني، النقصان بفوات بعض الجزء. هذا النقصان موجب للضمان في كل حال ويقسم إلى وجهين:

الوجه الأول، التقسيم باعتبار المقدار وهو عبارة عن النقصان الفاحش والنقصان اليسير. وتعريفهما وحكمهما يبينان في المثال الثاني الآتي. وهذان النوعان من النقصان مضمونان أيضاً.

الوجه الثاني، التقسيم باعتبار السبب وهذا منقسم إلى ثلاث صور. والنقصان على هذا الوجه مضمون على كل حال.

الصورة الأولى، النقصان الحاصل في المغصوب بفعل الغاصب. فعليه إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بفوات جزئه وحصل ذلك من استعمال الغاصب له أو على أي فعل من أفعاله ولم يكن بتغير السعر ولم يكن المال من الأموال الربوية فيلزم الغاصب رد المغصوب نقصان القيمة لأن نقصان القيمة الحاصل من استعماله يحصل بتلف جزء من المال المغصوب. لأن المال المغصوب داخل بجميع أجزائه في ضمان الغاصب فلذلك لزم ضمان قيمة جزئه المتعذر رده وإعادته (الهداية، والعيني ملخصاً). وفي هذه الصورة يقوم المغصوب على الحال التي كان عليها قبل الاستعمال ويقوم أيضاً على الحال التي هو عليها بعد الاستعمال فما كان من فرق وتفاوت بين القيمتين تكون نقصان القيمة (الجوهرة). أما في الربوي فلا يمكن ضمان النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا (الجوهرة).

ولما كان الضمان المذكور كما يفهم من الإيضاحات السابقة هو في مقابل النقصان فعليه إذا زال ذلك النقصان مؤخراً بنفسه فيسترد الغاصب ما كان عليه من النقصان مثلاً لو غصب الغاصب حيواناً فمرض وهو في يده ورده إلى صاحبه ودفع إليه قيمة النقصان الطارئ بسبب المرض ثم بعد ذلك زال المرض المذكور من الحيوان بنفسه فيلزم المغصوب منه رد قيمة النقصان التي أخذها من الغاصب أنظر المادة (٩٧).

كذلك لو ركب الحمار الذي غصبه فعيبه وضمن لصاحبه النقصان حسب هذه المادة ثم زال ذلك العيب فللغاصب الرجوع على المغصوب منه بالمقدار الذي ضمنه (التنقيح).

وليس لفظ الاستعمال في هذه الفقرة قيداً احترازياً بل هو قيد وقوعي. ويدل على هذا عدم الاتيان به في المثال فعليه كما يلزم الضمان على الغاصب فيما إذا استعمل الغاصب المغصوب وطرأ نقصان على قيمته كذلك يلزم الضمان على الغاصب أيضاً فيما لو طرأ نقصان على قيمة المغصوب وهو في يد الغاصب بفعل شخص ثالث أو بآفة سماوية كما سيتضح ذلك من التفصيلات الآتية.

سؤال: إذا وجد نقصان على هذا الوجه في المبيع وهو في يد البائع فلا يسقط شيء من ثمن المبيع لأن النقصان المذكور وصف فإن شاء المشتري قبله بجميع الثمن المسمى وإن شاء تركه مع أنه لو تلفت مثل هذه الأوصاف والمغصوب في يد الغاصب تكون مضمونة لذلك يستلزم إيجاد الفرق مثلاً لو غصب

حيواناً قيمته ألف قرش فطرأت علة في عينه وهو في يده فانحطت قيمته إلى تسعماية قرش ضمن الغاصب مائة قرش. والحال لو اشترى المشتري حيواناً بألف قرش فطرأت علة على عينه وهو في يد البائع نقصت بها قيمته مائة قرش فليس للمشتري تنزيل مائة قرش من ثمن المبيع بل عليه أن يقبله بكل الثمن أو أن يتركه.

جواب: والفرق بين المسألتين هو: إن ضمان المبيع ضمان عقد. والأوصاف لا تكون مضمونة بالعقد وسببه أن العقد يرد على الأعيان ولا يرد على الأوصاف. لأن الأوصاف تابعة ولا يعطى حكم منفرد للتابع أما ضمان المغصوب فضمان قبض وأما القبض فيرد على الذات التي تلابس جميع أجزائه وصفاً فعليه الأوصاف لا تكون مضمونة بالعقد. ولكن تكون مضمونة بالفعل (الهداية والعيني).

مثلاً لو كانت قيمة الحيوان الذي غصبه المغصوب وقت الغصب عشرة دنانير بفتور الرغبات فيجبر صاحب الحيوان على أخذه، وليس له طلب شيء من الغاصب. أما لو هزل الحيوان بفعل الغاصب كتحميله اياه حملاً ضمن عند رده إلى صاحبه نقصان قيمته يوم غصبه. وعليه لو كانت قيمة الحيوان صحيحاً أي في الحال التي كان عليها قبل الغصب عشرة دنانير وقيمته غير صحيح أي بعد الاستعمال ثمانية دنانير فعلى الغاصب رد الحيوان للمغصوب منه مع ضمان دينارين (الجوهرة) كذلك لو ضرب أحد بقرة آخر فوقعت فباعها صاحبها خوفاً من تلفها إلى القصاب وذبحت لزم ذلك الشخص ضمان النقصان (التنقيح).

كذا لو أخذ أحد تراباً من عرصة آخر فإن كان للتراب قيمة في ذلك الموضع كان الغاصب ضامناً. سواء أعرض بسبب ذلك الأخذ نقصان للعرصة أم لم يعرض. وإذا لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع ينظر. فإذا طرأ نقصان على قيمة الأرض بالأخذ المذكور كان ضامناً نقصان القيمة. أما إذا لم يحصل نقصان فيؤمر بإملاء الحفرة عند بعض الفقهاء ولا يؤمر بذلك عند الآخرين (الخانية).

الصورة الثانية، النقصان الذي يحصل بفعل آخر في المال المغصوب وهو في يدالغاصب فعليه إذا وجد نقصان بفعل آخر غير الغاصب في المال المغصوب وهو في يد الغاصب فصاحبه مخير إن شاء ضمن الغاصب وهو يرجع على ذلك الشخص وإن شاء ضمن ذلك الشخص وليس لهذا الرجوع على الغاصب أنظر المادة (٩١٠) (الطحطاوي).

الصورة الثالثة، النقصان بآفة سماوية فلو غصب الغاصب حيواناً ومرض وهو في يده ورده إلى المغصوب منه وهو مريض فمات في يده من ذلك المرض ضمن الغاصب قيمة النقصان الذي أورثه اياه المرض. ولا يضمن كل قيمته. لأن الألم يحصل في المرض جزءاً فجزءاً وتأثير مجموع الآلام يكون سبباً للوفاة (الجوهرة).

لذلك لو حصل للحمار المغصوب قرحة وهو في يد الغاصب وصار أعرج فإذا كان مقتدراً على السير مع العرج فيلزم ضمان قيمة النقصان أما إذا لم يكن مقتدراً على السير مطلقاً لزم ضمان كل قيمته (التنقيح).

ويفهم من هذه التفصيلات أنه مع كون الغاصب في جميع الصور الثلاث المذكورة مسؤولاً عن

نقصان القيمة وفي الصورة الثانية يكون الشخص الثالث مسؤولاً عنه أيضاً.

كذلك إذا طرأ نقصان بتمزيق أحد الثياب التي غصبها فإذا كان النقصان المترتب يسيراً يعني اذا لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب فالغاصب يعيد الثياب المغصوبة ممزقة ويضمن نقصان قيمتها أيضاً. وليس للمغصوب منه أن يترك الثياب ولا يطالب بكل قيمتها. لأن عين المغصوب تعد موجودة من كل وجه وإنما الغاصب قد عيّبها. والثياب كما تشمل الأشياء التي تلبس كالقميص والقنباز والمعطف كذلك تشمل الأشياء التي لا تلبس، كالقماش والجوخ والطيلسان وما يشبهها (الطحطاوي، أبو السعود).

إذا خرق رجل طيلسان رجل ثم رفاه يقوم صحيحاً ومرفواً ويضمن فضل ما بينهما (الطحطاوي).

وإذا كان النقصان الحاصل نقصاناً فاحشاً يعني إذا كان مساوياً لربع قيمة المغصوب أو أزيد من ربع قيمته فالمغصوب منه مخير. إن شاء ضمن نقصان قيمته وأخذ الثياب (البهجة، الشرنبلالي) وإن شاء ترك ذلك المال للغاصب وأخذ قيمته تامة لأن المال المغصوب في هذه الصورة مستهلك وغير موجود من وجه، حيث إن تلك الثياب لا تصلح بعد الخرق لجميع ما كانت تصلح له قبل الخرق. وموجود من وجه آخر. لأن الثياب قائمة حقيقة وبعض منافعها موجودة أيضاً. فعليه للمغصوب منه أن يضمن الغاصب قيمته باعتبار كونه مستهلكاًوإن شاء أخذه عيناً وضمن الغاصب نقصان قيمته باعتبار المغصوب موجوداً (الهندية في الباب الثاني، العيني).

وإذا ضمن المغصوب منه الغاصب قيمة الثياب تامة كانت الثياب للغاصب. لأن صاحبه لما ملك القيمة ملك الغاصب بدلها حتى لا يجتمع في ملك المغصوب منه البدلان (الجوهرة).

إيضاح قيود هذا المثال:

١ ـ الثياب: هذا التعبير قد ورد على طريق المثال ويجري الحكم المبين في هذا المثال في كل عين لم تكن من الأموال الربوية (الطحطاوي) كالشجر، والحيوان، والسكين، والعصا.

الشجر ـ لو قطع أحد من شجر الآخر أغصاناً ينظر فإذا كان النقصان الحاصل فاحشاً ضمن جميع قيمة الشجر أما إذا لم يكن النقصان فاحشاً ضمن نقصان قيمته فقط (علي أفندي).

الحيوان ـ لو غصب أحد من آخر حيوانه فقطع اذنه أو أذنيه الإثنتين كان ضامناً نقصان قيمته أما لو قطع الغاصب يدي الحيوان المأكول اللحم ورجليه فالمغصوب منه مخير إن شاء أخذ الحيوان وضمنه النقصان وإن شاء أخذ قيمته وتركه للغاصب. لأن قطع الأيدي والأرجل إتلاف من وجه وتفوت بهذا الإعتبار بعض الأغراض والمقاصد كالحمل والدر والنسل (الزيلعي، أبو السعود المصري).

ومن وجه آخر ليس بإتلاف بل تعييب بسبب وجود بعض المنافع كالانتفاع باللحمية والجلد. (أنظر شرح المادة ٨٩٩).

السكين ـ لو أخذ أحد سكين آخر بلا إذنه وانكسرت وهي في يده وطرأ نقصان فاحش على قيمتها كان مالكها مخيراً إن شاء أخذ السكين مكسورة وضمن الغاصب النقصان وإن شاء ترك السكين للغاصب وضمنه كل قيمته (الخيرية في الغصب).

العصا ـ إذا كسر أحد عصا آخر وأصبحت لا ينتفع بها بصفة عصا بل ينتفع بها بصفة حطب أو وتد فإذا كان النقصان الطارئ فاحشاً يضمن الغاصب كل القيمة وإن كان يسيراً يضمن نقصان القيمة (الهندية في الباب الثاني).

لكن حكم هذا المثال يعني الأحكام المبينة هنا في الثياب لا تجري في الأموال الربوية. وقد أشارت المجلة إلى هذا لقولها الثياب فعليه لو عيب الغاصب مالاً من الأموال الربوية وأورث قيمته نقصاناً كان صاحبها مخيراً سواء أكان النقصان المذكور فاحشاً أو يسيراً فإن شاء ترك ذلك المال للغاصب وضمنه بدله تاماً وإن شاء أخذ ذلك المال بدون أن يضمن الغاصب شيئاً باسم نقصان القيمة. لأنه لما كان تضمين النقصان في هذا مؤدياً إلى الربا فهو غير ممكن (الطحطاوي) مثلاً لو كسر أحد لآخر ديناراً أو ريالاً فضياً فالمغصوب منه مخير عند شمس الأئمة إن شاء أخذ المكسور وليس له طلب شيء وإن شاء ترك المسكور للكاسر وضمنه مثله (الهندية في الباب الثاني).

٢ ـ بتمزيقها: المقصود من التمزيق. فيما إذا لم يحدث فيه صفة متقومة وعليه فقص الثياب المغصوبة وتفصيلها أو لبسها حتى عتقت أو بليت أو اصفرت أو باخت. كالتمزيق مثلاً لو فصل الغاصب القماش المغصوب يعني لو غصب أحد ثوب قماش وقطعه ولم تورثه هذه الحال عيباً فاحشاً ضمن صاحب الثوب الغاصب نقصان القطع. وليس له ترك ذلك الثوب وتضمينه كل قيمته. وإذا كان ذلك موجباً للعيب الفاحش كان صاحبه مخيراً إن شاء أخذ القماش وضمنه النقصان وإن شاء تركه للغاصب وضمنه كل قيمته (الهندية في الباب الثاني، الطحطاوي مع الدر المختار).

كذلك لو بليت الثياب المغصوبة واصفرت في يد الغاصب وطرأ على قيمتها نقصان فإذا كان النقصان المذكور يسيراً ضمن نقصان قيمتها وأخذ الثياب وإن كان فاحشاً خير بين الأخذ والترك على وجه هذه المادة (الهندية في الباب الثاني).

أما إذا أحدث الغاصب في المغصوب صفة متقومة فيقطع المغصوب منه. مثلاً لو فصل الغاصب القماش المغصوب وخاطه انقطع حق المالك منه ولزم تضمين الغاصب قيمته وقت الغصب. فليس له حق التدخل في الثياب المخاطة (الهندية في الباب الثاني).

٣ ـ النقصان: قد وقع الإختلاف بين الفقهاء في تعريف النقصان الفاحش فقال بعضهم أنه ربع القيمة وقال البعض الآخر أنه نصفها وقال البعض الآخر أنه النقصان الذي لا تصلح الثياب فيه لأن تكون ثياباً ما فيها إذا كان المعيب ثياباً وقد اختارت المجلة القول الأول (أبو السعود، البزازية).

والحاصل ـ هذا النقصان الذي هو القسم الثاني يكون على نوعين. أولهما ـ النقصان اليسير وحكم هذا هو استرداد المغصوب للمغصوب منه مع تضمين النقصان ولا يجوز فيه ترك المغصوب للغاصب وطلب تمام البدل.

ثانيهما ـ النقصان الفاحش، وحكم هذا أن يكون المغصوب منه مخيراً إن شاء استرد المغصوب وضمن النقصان وإن شاء ترك المغصوب للغاصب وضمنه كل القيمة.

القسم الثالث ـ هو النقصان الحاصل بفوات الوصف المرغوب الموجود في عين المغصوب. كالصياغة في الذهب والفضة واليبس في الحنطة والسمع والبصر واليد والاذن في العبد (منلامسكين).

وإن هذا النقصان يوجب الضمان في غير الأموال الربوية. أما حكم الأموال الربوية: هو أن يترك المغصوب منه المغصوب للغاصب ويضمنه كل القيمة أو أن يأخذ المغصوب وفي هذه الحال لا يطلب شيئاً من الغاصب.

مثلاً لو غصب أحد الحنطة اليابسة وتعفنت وهي في يده كان صاحبها مخيراً إن شاء قبلها عيناً ولم يطلب شيئاً وإن شاء تركها للغاصب وضمنه مثلها. كذلك لو كسر أحد دواة من القضة أو الذهب لآخر كان صاحبها مخيراً. إن شاء قبلها على حالها مكسورة ولا يطلب شيئاً وإن شاء تركها للكاسر وضمنه اياها فلو كانت الدواة المكسورة فضة أخذ قيمتها غير مكسورة على حالها الأصلي ذهباً وإن كانت ذهباً أخذ قيمتها غير مكسورة فضة (الهندية والطحطاوي).

لو غصب حياصة فضة مموهة بالذهب فزال تمويهها يخير مالكها بين تضمينها مموهة أو أخذها بلا شيء لأن التمويه تابع مستهلك ولأنه يلزم منه الربا ولو كان مكان الغصب شراء بوزنها فضة وقبض المشتري وزال التمويه وهي في يده ثم وجدها معيبة بأن وجدها غير جيدة فلا رد لتعييبها بعيب حادث عند المشتري ولا رجوع بالنقصان أي نقصان العيب القديم (الطحطاوي مع رد المحتار).

القسم الرابع، النقصان الحاصل بفوات معنى مرغوب ومعتبر موجود في عين المغصوب هو النقصان الذي يكون بفوات المعنى المرغوب المعتبر في عين المغصوب. لو غصب أحد عبداً ذا صناعة ونسي صناعته وهو في يد الغاصب أو غصبه شاباً فشاخ فهذا النقصان يوجب الضمان أيضاً (منلامسكين).

﴿المادة ٩٠١﴾ الحال الذي هو مساو للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب فلذلك إذا أنكر المستودع الوديعة يكون في حكم الغاصب وإذا تلفت الوديعة في يده بعد ذلك يكون ضامناً.

الحال والكيفية اللتان تساويان الغصب في إزالة التصرف أي في إزالة تصرف أحد بغير حق **يُعَدَّان** من قبيل الغصب حكماً أي يعطى لتلك الحال والكيفية حكم الغصب ويكون ذلك موجباً للضمان أيضاً كالغصب الحقيقي.

وهذه المادة قاعدة يتفرع عنها مسائل كثيرة من كتب عديدة وإليك البيان:

المسألة الأولى، البيع: إذا تعدى المشتري في المال المباع وفاء على ما هو مذكور في المادة (٤٠١) وأتلفه ضمن المقدار الزائد عن دينه.

المسألة الثانية ـ الإجازة: لو حبس الأجير الذي ليس لعمله أثر المستأجر فيه لاستيفاء الاجرة وتلف في يده كان ضامناً على ما هو مبين في المادة (٤٨٣) والحبس المذكور من قبيل الغصب الحكمي.

المسألة الثالثة: المستأجر، لو تجاوز مستأجر بالحيوان المأجور المحل المعين أو ذهب إلى محل آخر أو

سلك طريقاً أسوأ من الطريق المعين واستعمله زيادة عن مدة الإجارة أو أركب الدابة التي استأجرها لأن يركبها بنفسه أحداً غيره كان ذلك من قبيل الغصب الحكمي أنظر المواد (٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٥١).

المسألة الرابعة، إذا تعدى المستأجر أو قصر في أمر المحافظة أو استعمل المأجور بعد انقضاء مدة الإجارة أو تجاوز إلى ما فوق المنفعة التي استحقها بعقد الإجارة أو امتنع عن إعطاء المؤجر المأجور بعد إنقضاء مدة الإجارة وبعد طلب المؤجر كان غاصباً أنظر المواد (٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦).

المسألة الخامسة ـ تعدي الأجير أو تقصيره هو غصب حكمي، (أنظر المادة ٦٠٧).

المسألة السادسة ـ إذا رد الكفيل في الكفالة المقيدة بعين الأمانة تلك العين إلى صاحبها بعد الكفالة كان ذلك غصباً حكمياً ويكون الكفيل ضامناً بمقتضى المادة (٦٥٠).

المسألة السابعة ـ الحوالة: إذا أعطى المحال عليه في الحوالة المقيدة بالعين تلك العين للمحيل كان حكمه حكم الغاصب وضمنها للمحال له.

المسألة الثامنة، الرهن: إذا أتلف المرتهن الرهن أو عيبه على ما هو مفصل في المادة (٧٤١) وشرحها كان غاصباً حكماً ويكون ضامناً.

المسألة التاسعة ـ لو باع المرتهن بلا إذن الحاكم الرهن أو زوائده التي خيف عليها الفساد كان هذا البيع من قبيل الغصب الحكمي ويكون المرتهن ضامناً على ما هو مذكور في المادة (٩٥٠).

المسألة العاشرة ـ الأمانات: لو وجد أحد في الطريق أو محل آخر شيئاً وأخذه على أن يكون له مالاً على ما هو مبين في المادة (٧٦٩) كان في حكم الغصب ويضمن.

المسألة الحادية عشرة ـ لو نهى صاحب البيت الضيف بقوله لا تمس هذا الكأس على ما هو مذكور في المادة (٧٧٢) فتناوله الضيف بيده كان غاصباً ويضمنه إذا كسره.

المسألة الثانية عشرة ـ لو أعطى أحد لآخر ثياباً وديعة فوضع المستودع ثوبه فيها وأخذ المودع ثيابه المذكورة بدون أن يعلم أن ثوب المستودع بينها وضاع الثوب من يده ضمن المودع الثوب المذكور (الطحطاوي) أنظر شرح المادة (٧٦٩).

المسألة الثالثة عشرة، إذا طلب المودع الوديعة من المستودع فأنكرها كان المستودع في حكم الغاصب فلو تلفت بعد الإنكار في يد المستودع كان ضامناً ولو كان التلف حاصلاً بلا تعد ولا تقصير. لأن يد المستودع قبل الجحود كيد المودع.

أما بعد الجحود فتكون قد أزيلت هذه اليد (رد المحتار).

حتى ولو كانت الوديعة عقاراً فتكون مضمونة بالجحود أيضاً على هذا الوجه أنظر شرح المادة (٩٠٥).

اختلاف الفقهاء في ضمان الوديعة بعد الإنكار:

إذا نقل وحول المستودع الوديعة بعد أن أنكرها من المحل الذي كانت فيه وقت الإنكار إلى محل آخر وتلفت لزمه الضمان بالإتفاق. لكن لو تلفت الوديعة قبل النقل والتحويل إلى محل غير المحل الذي

كانت فيه وبعد أن أنكرها المستودع فلا يلزم الضمان كما بينه جامع الفصولين. ويلزم مطلقاً حسبما جاء في الخلاصة. أي أنه إذا تركت الوديعة بعد الإنكار وقبل النقل والتحويل أو بعدهما يلزم الضمان في الصورتين، وقد اختارت المجلة بذكرها المسألة بصورة مطلقة هـذا القول الثـاني (رد المحتار). لكن صيرورة هذا الإنكار غصباً حكماً متوقفة على حصول الإنكار بناءً على طلب المودع الوديعة على الوجه المذكور في المسألة الثامنة في شرح المادة (٧٧٩) ومع تفصيلاتها اللازمة.

المسألة الرابعة عشرة ـ العمل على وجه المادتين (٨٧٨ و٧٨٨) والفقرة الثانية من المادة (٧٩٠) غصب حكمي أنظر شرح المادة (٨٨١) أيضاً.

المسألة الخامسة عشرة ـ لما كان تعدي المستعير على وجه المادة (٨١٤) في حكم الغصب فلو تلف المستعار بسبب ذلك أو طرأ على قيمته نقصان كان المستعير ضامناً.

المسألة السادسة عشرة ـ لو تلف الحيوان لعدم انفاق المستعير عليه كان ذلك في حكم التعدي والغصب بمقتضى المادة (٨١٥) ويكون ضامناً.

المسألة السابعة عشرة ـ لو سلك المستعير بالحيوان المستعار طريقاً غير معتاد وتلف فهذا السلوك في حكم الغصب وموجب للضمان. وهناك أحكام كثيرة مثل هذا.

المسألة الثامنة عشرة ـ الهبة: لو استرد الواهب من الموهوب له المال الموهوب بعد الهبة والتسليم بلا رضاء ولا قضاء كان غاصباً وضامناً.

المسألة التاسعة عشرة ـ في الحجر: إذا أعطى وصي الصغير على وجه المادة (٩٨٣) الصغير غير الثابت الرشد ماله وأضاعه الصغير أو اتلفه ضمن الوصي ذلك المال. وهذا الإعطاء غصب حكمي.

المسألة العشرون ـ في الشركة: لو أعار أو أجر أحد الشركاء الفرس المشترك لآخر بـدون اذن شريكه على وجه المادة (١٠٧٥) كان حكم ذلك حكم الغصب. (أنظر المواد ١٠٧٦ و١٠٨٥ و١٠٨٧ و١٠٨٩ و١٠٩٥ و١٢٤٤ و١٢٤٩ و١٢٥٨ و١٣٧٩ و١٣٨٣ و١٣٩٣ و١٤٢١ و١٤٢٢).

المسألة الحادية والعشرون ـ في الوكالة: لو أعطى أحد لآخر نقوداً ليسلمها لدائنه قائلاً له لا تسلم المال للدائن ما لم يشرح على سندي الذي في يده بالقبض، أو ما لم تأخذ منه سنداً بالوصول، فسلم المأمور النقود للدائن بدون أن يأخذ شرحاً على السند أو ايصالاً بالمبلغ المدفوع ولم يتمكن بعد ذلك من اثبات إيفائه الدين كان هذا التسليم غصباً حكمياً ويكون المأمور ضامناً. (أنظر المادة ١٥١٥) وحيث قد ذكر في شرح المادة (٧٧٦) أنه إذا مزق أحد سند دين يضمن قيمة السند مكتوباً فقط[1] فلذلك يجب إيجاد الفرق بين هاتين المسألتين.

﴿المادة ٩٠٢﴾ ـ (لو خرج ملك أحد من يده بلا قصد. مثلا لو سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته يتبع الأقل في القيمة الأكثر يعني صاحب الأرض التي قيمتها أكثر يضمن لصاحب الأقل ويتملك الأرض مثلاً لو كان قبل

(١) ولا يضمن الدين (المعرب)

الانهدام قيمة الروضة العليا خمسمائة قرش وقيمة السفلى ألفاً يضمن صاحب الثانية لصاحب الأولى قيمتها ويتملكها كما إذا سقط من يد أحد لؤلؤ قيمته خمسون قرشاً والتقطته دجاجة قيمتها خمسة فصاحب اللؤلؤ يعطي الخمسة قروش ويأخذ الدجاجة أنظر المواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩).

أي لو خرج ملك أحد من يده بدون تعدي أحد آخر عليه يتبع الأقل في القيمة الأكثر أما إذا لم يكن من غير قصد كما لو غصب أحد عرصة آخر البالغة قيمتها خمسة آلاف قرش وانشأ عليها بناء قيمته خمسون الفاً فلا يتبع هنا الأقل الأكثر على ما هو مفصل في شرح المادة (٩٠٦). والفرق هو: إنه لا يوجد تعد في هذه المادة. أما في المسألة المذكورة فبما أن الغاصب متعد فلا يراعى حقه (العيني).

يعني أن صاحب الأرض التي قيمتها أكثر يضمن لصاحب الأقل قيمة قيمتها ويتملكها، وعلى هذا فيكون قد أزيل الضرر الأشد بالضرر الأخف (أبو السعود). فعليه لو كانت قيمة الروضة العليا قبل الانهدام خمسمائة قرش مثلاً وقيمة التحتانية الفاً يضمن صاحب الثانية لصاحب الأولى قيمتها ويتملكها وإن لم يرض صاحبها بذلك.

كذلك لو كان الأمر بالعكس وكانت قيمة العليا الفاً وقيمة السفلى خمسمائة يعطي صاحب الأولى لصاحب الثانية خمسمائة ويتملكها ويضبطها (البهجة والبزازية).

كذا لو أودع أحد آخر فصيلاً فكبر في بيت المستودع ولم يمكن اخراجه بدون هدم الجدار تبع الأقل في القيمة الأكثر فيها (العيني والخانية).

ولو استعار المودع من غيره بيتاً وأدخل فيه الفصيل فإنه يقال لصاحب الفصيل إن أمكنك اخراج الفصيل فأخرجه وإلا فانحره واجعله أرباً دفعاً للضرر عن صاحب البيت. (الخانية).

وكذا إذا أدخلت بقرة قيمتها مائتا قرش رأسها في إناء قيمته عشرة قروش ولم يمكنها إخراجه فيعطى صاحب البقرة العشرة قروش ويشترى الإناء منه. (رد المحتار الهندية في الباب الخامس من الغصب).

كذلك لو سقط دينار قيمته مائة قرش لأحد في محبرة لآخر ذات الخمسة قروش ولا يمكن إخراجها بدون كسر المحبرة يعطى صاحب الدينار خمسة قروش ويشتري المحبرة. كذلك لو سقط لؤلؤ لأحد ثمنه خمسون قرشاً فابتلعته دجاجة قيمتها خمسة قروش لآخر فلا يجبر صاحب الدجاجة على ذبحها. لأنه لا فعل له في ذلك مطلقاً (الجوهرة). بل لصاحب اللؤلؤ أن يعطي خمسة قروش ويأخذ الدجاجة إن شاء ولصاحب الدجاجة أن يدفع قيمة اللؤلؤ أيضاً (الخانية) وإن شاء صاحب اللؤلؤ انتظر إلى أن تخرجه الدجاجة. وإن شاء صبر إلى أن يذبحها مالكها (الجوهرة). وكذا البعير إذا ابتلع لؤلؤ وقيمة اللؤلؤ أكثر من قيمته كان لصاحب اللؤلؤ أن يدفع لصاحب البعير قيمة البعير فإن كان ثمن اللؤلؤ شيئاً يسيراً فلا شيء على صاحب البعير (الخانية) ولو أدخل رجل اترجة غيره في قارورة رجل آخر وتعذر اخراجها فإن الذي فعل ذلك يضمن لصاحب الأترجة قيمة الأترجة ولصاحب القارورة قيمة القارورة وتصير القارورة والأترجة ملكاً له بالضمان (الخانية). (أنظر المواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩) وتفريع مسألة اللؤلؤ عن

قاعدة (يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف) على هذا الوجه.

يجتمع في هذا ضرران: الضرر الأول: هو خروج الدجاجة من ملك صاحبها بدون اذنه وذلك بإعطاء صاحب اللؤلؤ لصاحب الدجاجة بدل دجاجته. الضرر الثاني: ضرر إخراج اللؤلؤ من ملك صاحبه بدون إذنه فيما إذا كانت المسألة على العكس أي بإعطاء صاحب الدجاجة لغاصب اللؤلؤ ثمن اللؤلؤ والضرر الأول بالنسبة إلى الضرر الثاني أخف. لأن قيمة اللؤلؤ أزيد من قيمة الدجاجة فعليه لزم اختيار ذاك. وليقس غير ذلك على هذا أيضاً.

كذلك لو نمت شجرة القرع النابتة في ملك أحد فدخلت قدراً لآخر أي إناء بابه ضيق فأعطت يقطينة وكبرت ولم يمكن إخراجها من القدر بدون كسره فلصاحب الأكثر أن يعطي قيمة مال الثاني ويتملكه فإن أبى يباع القدر بما فيه ويكون الثمن بينهما. والحكم في الأترجة على هذا الوجه يعني لو دخلت اترجة في قارورة آخر ولم يمكن إخراجها يجري الحكم المذكور (الخانية).

ويتبع في مسائل كهذه الأقل في القيمة الأكثر فيها. لكن إذا تساوت القيمتان. فإذا اتفق الطرفان على شيء كأن يضمن أحدهما مال الآخر أو أن يباع المالان معاً وتقسم بينهما قيمتهما فبها وإن تنازعا يباع المالان معاً ويقسم ثمنهما بالسوية عليهما (الخانية، أبو السعود، حاشية الكنز، الطحطاوي). وقد صور المثال الأخير بصورة ابتلاع الدجاجة اللؤلؤة لأنه إذا ابتلع احد لؤلؤ الآخر فلا ينتظر إلى خروج اللؤلؤ منه ما دام حياً ويجب عليه ضمان البدل كما أنه إذا توفي مبتلع اللؤلؤ لا يشق بطنه على قول، لفساد اللؤلؤ في المعدة ولكون حرمة الإنسان أعظم من المال، والفتوى على ذلك.

أما لو بلع أحد دنانير أو دراهم لآخر وتوفي وكان مقدار الفضة عشرة دراهم يشق بطن الميت ويخرج لأن الذهب والفضة لا يفسدان في المعدة. (رد المحتار والطحطاوي).

﴿المادة ٩٠٣﴾-(زوائد المغصوب لصاحبه وإذا استهلكها الغاصب يضمنها، مثلاً إذا استهلك الغاصب لبن الحيوان المغصوب أو فلوه الحاصلين حال وجود المغصوب في يدالغاصب أو ثمر البستان المغصوب الذي حصل حين وجوده في يد الغاصب ضمنها حيث إنها أموال المغصوب منه كذلك لو اغتصب أحد خلية العسل مع نحلها واستردها المغصوب منه يأخذ أيضاً العسل الذي حصل عند الغصب).

إن زوائد المغصوب أي زوائد المغصوب المتصلة المتولدة أو المنفصلة المتولدة الحاصلة في يد الغاصب بعد الغصب هي لصاحبها يعني أنها مال المغصوب منه وهذا المال أمانة في يد الغاصب واجبة الرد. فكونه مال المغصوب منه ناشيء عن كونه نماء ماله وكونه أمانة هو لكون تلك الزيادة حاصلة في يد الغاصب بإيجاد الباري تعالى وليس للغاصب فعل وصنع كأزالة اليد المحقة عند، فلذلك ليس في تلك الزيادة غصب.

ونظير هذا: لو ألقت الريح ثياب أحد في حجر آخر فلا يكون ذلك الشخص غاصباً. لأنه ليس لذلك الشخص في هذا فعل وصنع. ويلزم رده وإعادته لصاحبه فقط. لكن لو تعدى الغاصب بوجه

كأن استهلك هذه الزوائد أو باعها وسلمها لآخر أو امتنع عن تسليم المال لدى طلب صاحبه اياه كان ضامناً (الطحطاوي).

إيضاح القيود:

١ ـ الزوائد: يستفاد من ذكر الزوائد مطلقاً أنها مال المغصوب منه الذي هو صاحبها سواء أكانت الزوائد المذكورة متصلة متولدة كالسمن والصوف وكبر الحيوان المغصوب في يد الغاصب أو كانت منفصلة متولدة كالولد والبيض وثمرة البستان. يعني أن نوعي الزوائد هذه متحدان في كونها. إلا للمغصوب منه كونها في حكم الأمانة في يد الغاصب (الجوهرة).

مثلاً: لو كبر الحيوان المغصوب وهو في يد الغاصب وازدادت قيمته أخذه المغصوب منه ولا يلزم المغصوب منه إعطاء مصروفاته كالنفقة واجرة المحافظة. كذلك لو غصب أحد الأرض المزروعة وسقاها كانت المزروعات لصاحب الأرض. وليس للغاصب طلب شيء من المصروفات في هذا السبيل. فكما أنه ليس أخذ مصروفاته في سبيل سقيه فليس له طلب الأجرة التي أعطاها للمحافظة عليه.

كذلك لو غصب أحد نخيلاً فلقحها وسقاها وصرف في هذا الباب مصروفات فتكون المحصولات ملكاً للمغصوب منه ولا يحق للغاصب طلب المصروفات أيضاً (الهندية في الباب الثاني).

٢ ـ الحاصلة في يد الغاصب: وكون هذه الزوائد أمانة ومالاً للمغصوب منه مقيد بقيدين.

القيد الأول: الحصول في يد الغاصب. يعني أن المقصود من الزوائد هنا الزوائد الحاصلة في يد الغاصب. أما الزوائد الموجودة وهي في يد المغصوب منه فليست معدودة من الزوائد في مبحث الغصب فلذلك لا يجري في الزوائد المذكورة الإختلاف الآتي والزوائد المذكورة مضمونة بالإتفاق وقد أشارت المجلة في مثاليها الآتيين إلى ذلك بتقييدها الزوائد على الوجه المشروح.

مثلاً: لو غصب أحد من آخر كرماً أدرك ثمره وهو في يد صاحبه فلا يكون العنب في هذه الصورة من زوائد المغصوب بل يكون عين المغصوب ولذلك لو تلف العنب في يد الغاصب كان مضموناً ولو كان ذلك بلا تعد ولا تقصير فلا يشترط في ذلك الإستهلاك (أنظر المادة ٨٩١) كما أنه إذا غصبت الزوائد المذكورة من يد الغاصب كانت مضمونة أيضاً على غاصب الغاصب (الخيرية في الغصب).

الفرق بين الزوائد المتصلة المتولدة وبين الزوائد المنفصلة المتولدة: = تفترق الزوائد المتصلة المتولدة عن الزوائد المنفصلة المتولدة في الحكم الآتي. وهو أنه لو استهلك الغاصب الزوائد المنفصلة أو باعها لآخر وسلمه اياها لزم الضمان بالإتفاق. أما لو استهلك الغاصب الزوائد المتصلة أو باعها من آخر وسلمها له فلا يضمن الغاصب عن الإمام الأعظم رحمه الله تعالى. أما عند الإمامين رحمهما الله تعالى فيضمنها الغاصب وقد مر في شرح المادة (٨٩١) إيضاح ذلك وستبين آتياً الأمثلة مع أدلتها.

القيد الثاني: المتولدة، يعني أن المقصود من الزوائد في هذه المادة هي الزوائد المتولدة. وليس الزوائد غير المتولدة يعني أن منافع المغصوب ليست مالاً للمغصوب منه ولا مضمونة.

وعدم كون منافع المغصوب مضمونة مطلق. يعني أنه سواء أتلفت المنافع المذكورة ـ كما لو استخدم الغاصب الفرس المغصوب شهراً أو آجره لآخر وأخذ اجرته ـ أم عطله بأن لم يستعمل الغاصب الفرس المغصوب في شغله أو لم يجعل أحداً يستعمله وأمسكه في يده شهراً. لكن إذا كان المغصوب مال وقف أو يتيم أو معداً للاستغلال فتكون منافعه مضمونة في هذه الصور أيضاً. وقد مر تفصيل ذلك في كتاب الإجارة. وقد ذكر هناك شرحاً إن الفقهاء المتأخرين قد اختاروا مذهب الإمام الشافعي في هذا (أبو السعود، العيني، العناية، نتائج الأفكار).

والحاصل، كما أن منافع المغصوب على ما هو مذكور في المادة (٥٩٦) ليست مضمونة فبدل المنافع أيضاً ليس مضموناً. إلا أنه لو آجر الغاصب المغصوب وأخذ اجرته فلا تطيب ولا تحل له وقد اجتهد بذلك الطرفان. لكن عند الإمام الثاني تكون الاجرة المذكورة حلالاً للغاصب. وقد بين في شرح المادة (٤٤٧) الخلاف الواقع في حال إجازة صاحب المال الاجارة بعد مرور مدة منها (الدر، وعبد الحليم).

وفي هذه الحال لو آجر الغاصب المال المغصوب من آخر فقال المغصوب منه، أنا أمرتك بالإيجار وعليه فالاجرة لي وقال له الغاصب لم تأمرني، واختلفا على هذه الصورة كان القول للمغصوب منه. لكن لو آجر الغاصب المغصوب وبعد أن انقضت مدة الإجارة ادعى المغصوب منه قائلاً إني قد أجزت الإجارة قبل انقضاء المدة وأنكر الغاصب فلا يقبل قول المغصوب منه (الأنقروي).

وعليه إذا كانت الزوائد موجودة عيناً سواء أكانت متصلة أو منفصلة فكما أنه يلزم ردها مع أصلها فلو استهلكها الغاصب مع اصلها أو تلفت في يده بالتعدي كان ضامناً.

والضمير في «استهلكها» في فقرة المجلة هذه راجع إلى الزوائد المنفصلة حصراً عند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى وفي ارجاع الضمير في هذه الحال استخدام. أما عند الإمامين فترجع الزوائد على الإطلاق ولنوضح الآن هذا الخلاف.

تكون الزوائد المنفصلة مضمونة في صورتين أولاهما: هلاكها بتعدي الغاصب باستهلاكها أو ببيعها وتسليمها وفي هذه الصورة تكون الزوائد مضمونة بالاتفاق، مثلاً لو ولدت الفرس المغصوبة فلواً فباعه من آخر وسلمه اياه كان الغاصب ضامناً بالاتفاق وكان المالك مخيراً إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن المشتري قيمته وقت البيع والتسليم لأن تعدي المشتري إنما يتحقق بمجرد البيع بدون تسليم كما هو الحال في الوديعة حيث ان المستودع لا يضمن الوديعة بمجرد بيعه اياها بل يلزمه الضمان في حالة تسليم الوديعة للمشتري.

سؤال، بما أنه ليس في بيع الزيادة وتسليمها تفويت ليد المالك تكون هذه الزيادة حادثة في يد الغاصب. افما كان من الواجب عدم لزوم الضمان؟

جواب، لما كان في امكان المغصوب منه أخذ المال المغصوب من يد الغاصب وقد زال تمكنه هذا بالبيع والتسليم أصبح ذلك تفويتاً ليد المالك (الكفاية).

(ثانيها)، يكون مضموناً في حالة المنع بعد الطلب. فلو طلب المالك الزوائد المنفصلة من الغاصب ومنعها الغاصب أي لم يعطها بعد الطلب وتلفت بعد ذلك كان ضامناً ولو تلفت بلا تعد (الكنز).

أما الزوائد المتصلة فليس استهلاكها موجباً للضمان عند الإمام الأعظم، وعند الإمامين هو مستلزم للضمان. وقد بينت المسألة في شرح المادة (٨٩١). وتفصيل بيع الزوائد المتصلة وتسليمها لآخر على الوجه الآتي: لو باع الغاصب المغصوب مع الزيادة المتصلة من آخر وسلمه اياها فإن كانا موجودين في يد المشتري أخذ المغصوب منه المغصوب والزيادة معاً وإن تلفا في يد المشتري كان المغصوب منه مخيراً. إن شاء ضمن الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب. وإن شاء ضمن المشتري قيمته وقت قبضه اياه وليس للمغصوب منه عند الإمام الأعظم تضمين الغاصب القيمة الزائدة التي استهلكها بالبيع والتسليم. لأنه لما كان لا يقابل الوصف شيء من الثمن فلا يكون البيع وارداً على الزيادة وليست الزيادة المذكورة مضمونة. إما إذا كانت الزيادة المنفصلة مقصودة في البيع فلها حصتها من الثمن (أبو السعود المصري، وفيه دليل آخر فليراجع).

أما عند الإمامين فللمغصوب منه تضمين الغاصب القيمة الزائدة بالبيع والتسليم المذكورين. لأن بيع الغاصب وتسليمه قد فوت قدرة المغصوب منه على استرداد المغصوب وزيادته فكان الغاصب بذلك متعدياً ويكون ضامناً للزيادة المنفصلة والمتصلة أيضاً (أبو السعود المصري).

ولو طلب المالك زوائد المغصوب المتصلة وحدها فقط كالسمن ولم يعطه الغاصب اياها وتلفت في يده فلا يلزمه ضمان هذه الزيادة عند الإمام، لأنه لو طلب المغصوب منه الزيادة الحاصلة في يد الغاصب كسمن الحيوان المغصوب لا يعد الغاصب مانعاً ولا يضمن لأنه لا يمكن دفع ذلك السمن وحده للمغصوب منه وتسليمه اياه أما إذا لم يطلب المغصوب منه الزوائد المذكورة وحدها وطلبها مع أصل المغصوب فبما أن ردها مع أصل المغصوب ممكن فلو تلفت الزوائد المذكورة بعد ذلك في يد الغاصب يعني لو هزل الحيوان المغصوب الذي سمن في يد الغاصب بعد الطلب والمنع لزم الضمان (رد المحتار والجوهرة).

مثلاً إذا استهلك الغاصب لبن الحيوان المغصوب أو فلوه الحاصلين حال كون المغصوب في يده أو ثمر البستان أو الكرم المغصوب الذي حصل حال كون المغصوب في يده فيلزم رده لصاحبه عيناً إذا كان موجوداً وإذا استهلكه يضمنه.

ويستفاد من ذكر كون استهلاك زوائد المغصوب موجباً للضمان في هذا المثال مطلقاً أن الزوائد مستلزمة للضمان سواء أحصل غيرها أم لم يحصل.

مثلاً لو غصب أحد شاة فنما صوفها وهي في يد الغاصب أو غصب روضة فنبتت أغصان شجرها في يده فقص الغاصب الصوف وقطع الأغصان واستهلكها فنما الصوف ونبتت الأغصان مرة أخرى ضمن الصوف الذي قصه والأغصان التي قطعها في الأول (الهداية العيني، العناية، مجمع الأنهر) ولا

شبهة في أنه يلزم ضمان الشاة والعرصة على حدة.

كذلك إذا أخذ أحد الشريكين البقر المشترك بينهما تغلباً وأخذ لبنها مستقلاً ونتجت البقر وهي في يده فللشريك الثاني أخذ حصته من البقر ومن نتائجها كما أن له تضمين حصته من اللبن أيضاً (الفتاوى الجديدة).

وتعبير الاستهلاك في المثال للاحتراز عن التلف في يد الغاصب بلا تعد ولا تقصير ومن دون منع بعد طلب. فإذا تلفت على الوجه المحرر فلا يلزم الضمان عند الأئمة الحنفية. يعني تكون الزوائد المذكورة أمانة في يد الغاصب لأن الغصب هو إثبات اليد على مال الغير بصورة تزيل يد المالك وبما أن يد المالك لم تثبت على الزوائد المذكورة فليس في إمكان الغاصب إزالتها (الهداية، البهجة).

سؤال، ومع أن مفاد هذا الدليل وجوب الضمان على الغاصب إذا كانت الفرس وقت الغصب حاملاً، لأن يد المالك ثابتة على الحمل، فما السبب في عده غير مضمون عليه؟.

الجواب، لما لم يكن الحمل قبل الانفصال مالاً فلا يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير (العيني والجوهرة).

أما عند الإمام الشافعي رحمه الله تعالى فزوائد المغصوب مضمونة سواء أكانت متصلة أم منفصلة. لأن الغصب عند هذا الإمام عبارة عن إثبات اليد على مال الغير بدون إذن صاحبه. والخلاف بين الحنفية والشافعية في هذه الصورة ناشئ عن اختلافهما في تعريف الغصب. أنظر المادة (٨٨١) وشرحها (الكفاية، والهداية).

كذا لو أعار الحيوان المشترك بينه وبين آخر لأحد ليركبه فركبه ووضع ذلك الحيوان حمله قبل وقت الوضع ونقصت قيمة الحيوان بسبب ذلك وتلف الفلو بلا تعد ولا تقصير فيضمن نقصان قيمة الحيوان وليس للشريك تضمين قيمة الفلو لشريكه ما لم يكن تلفه بتعدي الشريك أو حصل امتناع عن تسليمه اياه بعد الطلب (التنقيح، أبو السعود المصري).

كذلك لو اغتصب أحد خلية نحل مع نحلها واستردها المغصوب منه يأخذ أيضاً بمقتضى المادة (٨٩٠) العسل الذي حصل له الحق في استرداد عند الغاصب. ويكون الخلية مع نحلها. لأن النحل والخلية المذكورين هما مال لمن احرزهما وحتى آن له بيعهما. والفرق بين هذا وبين المادة الآتية: هو أن النحل والعسل كلاهما محرزان في هذه المادة أما في المادة الآتية فليس النحل محرزاً ولا مملوكاً بخلاف العسل فهو محرز ومملوك وهذه المسألة فرع للمادة (٨٩٠) لكن ذكرها هنا إنما هو للإشعار بكون النحل محرزاً ومملوكاً. إذ أنه وضع شخص خلية في محل ليجتمع فيها النحل فاجتمع في الخلية نحل فالنحل لصاحب الخلية (الفيضية).

وقد جعل للمغصوب فيها حق أخذ العسل الذي يحصل في يد الغاصب لأن العسل بمقتضى المادة (١٣٠٦) هو ملك لصاحب النحل وإن هذا المثال هو المثال الحقيقي لهذه المادة.

﴿المادة ٩٠٤﴾ - (عسل النحل التي اتخذت في روضة أحد مأوى هو لصاحب الروضة وإذا أخذه واستهلكه غيره يضمن).

أي أن عسل النحل التي تتخذ مأوى في روضة من نفسها بدون عمل لصاحب الروضة هو كما ذكر في المادة (١٠٣٥) لصاحب الروضة لكونه معدوداً من منافع الروضة ويؤدي صاحب الروضة لبيت المال عشره الشرعي فعليه إذا أخذ آخر ذلك العسل واستهلكه كان ضامناً كما أنه لو استهلك شخص النبات الحاصل في مزرعة آخر بسعي صاحب المزرعة وعمله كان ضامناً أما إذا لم يكن لصاحب الأرض سعى وعمل في حصول ذلك النبات فلا ضمان (أنظر المادة ١٢٥٧) «البهجة» أما الأشجار التي تنبت من نفسها في ملك أحد فهي ملك لصاحب الأرض ولا تقاس على النبات النابت في الأرض بنفسه فعليه إذا أخذ تلك الأشجار واستهلكها يلزمه الضمان كما يستفاد من المادة (١٢٤٤) «الفيضية».

ويبين في هذه المادة مسألتان:

أولاهما - كون ذلك العسل لصاحب الروضة، ولئن ظن أن ذكر هذه المسألة هنا غير موافق حيث ان موضوع المسألة غصب فقد ذكرت هنا خوفاً من التوهم بأن العسل مباح ولا يلزم الآخذ ضمانه. لأنه يشترط في لزوم الضمان أخذ الشيء واستهلاكه على أن يكون ذلك الشيء ملكاً لأحد أي أن لا يكون من الأموال المباحة التي يجوز لكل انسان أخذها واستهلاكها وقد أشير إلى ذلك في المادة (٨٨١) بقوله (ماله).

وعليه لو نثر أحد على الناس نقوداً وبسط أحد ذيله وهيأه لذلك فالنقود المذكورة هي لذلك الشخص فلو أخذها أحد غيره كان غاصباً أما لو سقطت النقود على ردائه الذي لم يهيئه لذلك فلغيره أخذها ولا يكون الآخذ غاصباً. إلا أنه لو جمع ذيله بعد أن سقطت النقود عليه بقصد الاحتراز فلو أخذها بعد ذلك أحد يكون غاصباً لصيرورته بذلك مالكاً لها (أنظر المادة ٢) وشرحها. كذلك لو اغتصب أحد كلباً مدرباً لآخر واتلفه يضمن (الفيضية).

ثانيهما - لزوم الضمان على تقدير استهلاكه، وهذه المسألة فرع للمادة (٨٩١).

وكما أن العسل هذا ليس كالصيد فليس هو كبيض الصيد أيضاً. لأن الطير لما كان يطير فلا يعد من منافع الروضة كما أن بيض الطير لما كان يصير طيراً ويطير أيضاً فلا يعد أيضاً من منافع الروضة بل هو في حكم المباح.

ويفهم من التفصيلات المذكورة أنه لو أخذ النحل المذكورة شخص آخر كان مالكاً لها. وليس لصاحب الروضة استردادها. لأن هذه النحل من قبيل الصيد والصيد مباح بمقتضى المادة (١٢٩٧) فلكل أخذه وقد كان قول المجلة (عسل النحل) وعدم قولها (النحل والعسل) مبنياً على هذا.

الفصل الثاني

في بيان بعض المسائل المتعلقة بغصب العقار

بما أن المجتهدين مختلفون في جريان الغصب في العقار فنرى أنه يلزم بيان هذه الخلافات لفهم المادة الآتية كما ينبغي.

لغصب العقار حكمان:

الحكم الأول ـ ضمان الرد. أي أنه يلزم رد وإعادة العقار المغصوب لصاحبه إذا كان موجوداً عيناً. إن لزوم الرد والإعادة لا يوجد فيه الخلاف الآتي بل هو متفق عليه. وهذا الخلاف هو المبين في الفقرة الأولى من المادة الآتية.

ومفاده أن غصب العقار موجب للرد والإعادة بالاتفاق (القهستاني).

الحكم الثاني ـ ضمان البدل ولا يجري في هذا عند الشيخين غصب. فعليه لو دخل أحد دار الآخر الخالية بلا إذن أو أقام فيها بلا إذن فلا يعد ذلك الشخص عند الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف مغتصباً لتلك الدار (الهندية قبيل الباب الثالث).

وتفصيل ذلك: إذا تلف العقار المغصوب في يد الغاصب بلا تعد ولا تقصير كما لو غمر السيل الأرض المغصوبة أو أصبحت أرضاً رملية لا يمكن الإنتفاع بها أو سقط عليها جبل وبقيت تحته فلا يلزم الضمان عند الشيخين لأن العقار لما كان نقله وتحويله غير ممكنين فلا تمكن إزالة اليد عنه بفعل واقع في العين (أنظر شرح المادة ٨٨١) لأنه لا يتحقق الغصب بدون إيقاع فعل في المحل. وفي العقار لا يمكن إيقاع فعل كهذا ألا ترى أن إزالة يد المالك في العقار يكون بإخراج المالك منه. والإخراج المذكور فعل في المالك وليس بفعل في العقار (الهداية).

فعليه وإن حصلت إزالة اليد المحقة في العقار بإخراج المالك منه فإن هذه الإزالة لم تحصل بفعل في العين بل حصلت بفعل في الساكن (نتائج الأفكار). ولهذا لو منع أحد آخر من دخول داره أو من أخذ ماله أو باعد بين المالك وماله وضاع المال فلا ضمان (البزازية) يبس وإنما لم يضمن الزرع والشجر في غصب الأرض والكرم لأنهما لم ينقلا عن محلهما أو في حكم العقار (القهستاني).

إلا أن استيلاءه على العقار يقوم مقام إزالة اليد المحقة عند الإمام محمد ويلزم الغاصب ضمان البدل أيضاً. لأنه إذا سكن أحد في دار آخر أو وضع أمتعته فيها فقد ثبتت اليد المبطلة على الدار ولما كان من المحال اجتماع ايد مختلفة في محل واحد فيلزم زوال يد المالك بالضرورة. لأن أحدهما موجبة للضمان والأخرى ليست بموجبة له بخلاف اجتماع الأيدي المتوافقة فجائز كالشريكين في عين واحدة من جنس واحد العيني.

وتحصيل في تلك الحالة إزالة اليد المحقة كما أنه يتحقق إثبات اليد المبطلة (الهداية، والعيني، والكفاية) والصحيح هو قول الشيخين في غير الوقف وقول محمد في الوقف (القهستاني ملخصاً).

والحاصل أن الإمام محمد لم يقل بكفاية إثبات يد العدوان في تحقق الغصب كما قال بذلك الإمام الشافعي ولو قال بذلك للزم أن يقول بضمان زوائد المغصوب وإن ما يقوله الإمام المذكور هو نفس ما قاله الإمام الأعظم من أن الغصب يتحقق بوصفين أي بإزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة (الطحطاوي).

أما الإمام زفر والأئمة الثلاثة أي الإمام مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى فقد قالوا كالإمام محمد بضمان العقار بسبب الغصب (الهداية) إلا أنه يوجد بين الإمام محمد وبين الأئمة المشار إليهم اختلاف في السبب فقد ذهب الإمام الشافعي في غصب العقار إلى الإكتفاء باثبات اليد المبطلة فقط ولم ير لزوماً لإزالة اليد المحقة فيه، أما الإمام محمد فيرى أنه يلزم في الغصب إزالة اليد المحقة مع إثبات اليد المبطلة، إلا أن الإستيلاء في العقار يقوم مقام إزالة اليد المحقة.

ثمرة الاختلاف: تظهر ثمرة اختلاف الشيخين مع الإمام محمد والأئمة الثلاثة في المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى، إذا أقر أحد بغصبه داراً وبيعه اياها وتسليمها له وأنكر المشتري غصب بائعه الدار ولم يمكن المقر له إثبات كون الدار المذكورة له فلا يلزم الضمان عند الشيخين. يعني ليس على ذلك الشخص إعطاء قيمة الدار المذكورة للمغصوب منه. لأنه لم يحول ذلك الشخص تلك الدار او لم يغيرها ولم يحصل التلف هنا ببيع الدار وتسليمها بل حصل بسبب عجز المالك عن إثبات مدعاه بالبينة. الا ترى لو أثبت المغصوب منه أن تلك الدار ملكه حكم له واسترد الدار من المشتري. أما عند الإمامين محمد والشافعي فيلزم الضمان (الهداية، العيني، الهندية في الباب الرابع عشر).

وقد رجحت المتون الفقهية مذهب الشيخين وأفتي في النتيجة على هذا الوجه.

المسألة الثانية، زوائد المغصوب عند الأئمة الحنفية غير مضمونة وعند الإمام الشافعي مضمونة أنظر شرح **المادة** (٨٨١).

ويستثنى من مستثنيات ضابط «ولا يكون العقار مضموناً بالغصب».

إذا كان العقار المغصوب وقفاً فالفتوى على مذهب الإمام محمد بلزوم الضمان بالغصب. وعقار اليتيم في هذه المسألة كالوقف (الدر المنتقى). فعليه لو غصب أحد العقار الموقوف وتلف وهو في يده بآفة سماوية لزم الضمان، وكذلك العقار الذي هو مال ليتيم أو معد للاستغلال يكون مضموناً أيضاً بالغصب والتلف (الحموي).

يكون العقار مضموناً في ست مسائل:

١ ـ إذا كان العقار المغصوب مال وقف يكون مضموناً ولو تلف في يد الغاصب بلا تعد. وإذا حكم على الغاصب بضمان القيمة على هذا الوجه فيشتري بهذه القيمة عقاراً غيره للوقف ويكون موقوفاً على وجه العقار الأول (الطحطاوي).

٢ ـ إذا كان العقار المغصوب مال يتيم يكون مضموناً ولو تلف في يد الغاصب بلا تعد.
٣ ـ إذا كان المغصوب عقاراً معداً للاستغلال يكون مضموناً.
٤ ـ إذا بيع العقار المغصوب من آخر وسلم إليه يكون مضموناً لأن البيع والتسليم استهلاك (الطحطاوي).
٥ ـ إذا أنكر المستودع العقار المودع يكون مضموناً ولو كان قد تلف بعدئذ بلا تعد، وفي التبيين: ومسألة الوديعة على الخلاف في الأصح (الطحطاوي).
٦ ـ إذا حكم الحاكم أن العقار للمدعي بناءً على شهادة الشهود على كونه ملكه ثم رجعوا عن شهاداتهم لزم أولئك الشهود ضمان ذلك العقار (الدر المنتقى).

أما على قول الإمام محمد والشافعي فظاهر وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فكان اتلافاً والعقار يضمن به (العناية) والشهود إنما يضمنونه بالرجوع لكونه ضمان إتلاف لا ضمان غصب حتى لو أقام الشاهد بينة على ان العقار له لا تقبل بينته ولو كان غصباً لقبلت والعقار يضمن بالإتلاف (الطحطاوي).

إن المسائل التي وضحت آنفاً هي في ضمان ذات الوقف أما المسائل المبينة في كتاب الإجارة فهي في ضمان منافع الوقف فيلزم التفريق بينهما.

وتوجد إشارة إلى ترجيح المجلة مذهب الشيخين في حق غصب العقار على ما سيوضح في الآتي:
وعليه فاستعمال تعبير غصب العقار في عنوان الفصل أما مجازى على سبيل المشاكلة كما في الآيتين الكريمتين **﴿تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك﴾ ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾. وأما بمعناه اللغوي، فلأن الغصب لغة عبارة عن أخذ شيء بطريق التغلب. ولا تعتبر في ذلك إزالة يد المالك وعلى هذا المعنى يتحقق الغصب في العقار أيضاً (الهداية، نتائج الأفكار).**

﴿المادة ٩٠٥﴾ المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه بدون تغييره وتنقيصه وإذا طرأ على قيمة ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب وفعله يضمن نقصان قيمته مثلاً لو هدم أحد محلاً من الدار التي غصبها أو انهدم بسبب سكناه وطرأ على قيمتها نقصان يضمن مقدار النقصان كذلك لو احترقت الدار من النار التي أوقدها الغاصب يضمن قيمتها مبنية.

على الغاصب رد المغصوب إلى صاحبه إذا كان المغصوب من قبيل العقار من دون أن يغيره أو **ينقصه لأنه إذا كان المال المغصوب موجوداً عيناً يرد إلى صاحبه كما هو مصرح في المادة (٨٩٠) وقد وضح آنفاً أن الأئمة الحنفية والشافعية متفوقون على هذا الحكم.**

مثلاً لو دخل أحد دار آخر أو حانوته غصباً وأقام فيها لزم إخراج ذلك الشخص منها وتسليم العقار لصاحبه. وإذا طرأ نقصان على قيمة العقار بصنع الغاصب وفعله لو كان بسكناه أو بتعاطيه الحدادة فيه أي إذا تلف فيه جزء معين من المغصوب ضمن الغاصب نقصان قيمته (القهستاني) وهذا الضمان

ليس بضمان غصب بل هو ضمان إتلاف. والمادة (٩٠٧) فرع لهذه المادة أيضاً وهذا الحكم ليس مختصاً بالعقار فهو جار أيضاً في المنقول كما هو مصرح في المادة (٩٠٠).

فلو رفع التراب من أرض الغير فإذا لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع إن نقصت الأرض برفعه ضمن النقصان وإن لم تنقص فلا شيء عليه ولا يؤمر بالكبس وإن قال به بعض العلماء وإن كان للتراب قيمة في ذلك الموضع يضمن قيمته تمكن النقصان في الأرض أو لم يتمكن ومن حفر حفرة بأرض غيره وأضر ذلك بأرضه يلزم النقصان وقوله أضر ذلك يشير إلى أنه لو لم يضر ذلك بأرضه لا شيء عليه (الهندية في الباب الثالث).

وعليه لما كان النقصان الذي يحدث في العقار المغصوب على وجه الفقرة الثانية إتلافاً للمغصوب بمقداره فالضمان محقق بمقتضى المادتين (٩١٢، ٩١٧) والائمة الحنفية والشافعية متفقون على هذا.

لكن اذا كان النقصان المذكور دون ربع قيمة العقار المذكور لزم ضمان النقصان حصراً. اما اذا كان معادلاً لربع قيمته او اكثر ولم يكن العقار من الاموال الربوية على ما هو موضح في شرح المادة (٩٠٠) فالمغصوب منه مخير في ترك العقار المذكور وتضمين الغاصب كل قيمته وأخذه العقار وتضمين الغاصب نقصان قيمته. مثلاً لو هدم احد محلا من الدار المملوكة التي غصبها او خربت بسكناه أو بعمله فطرأ على قيمتها نقصان كان ضامناً مقدار النقصان بالاجماع.

ايضاح القيود في المثال:

١ - محلا منها، ليس هذا التعبير احترازيا فلو غصب احد دار آخر وهدمها تغلباً واستهلك انقاضها فلذلك الشخص تضمين الغاصب قيمة البناء المهدوم مبنياً وليس له تضمين قيمة العرصة. لأن العرصة قائمة (المجموعة الجديدة).

٢ - بسبب سكناه، اما اذا سكن الغاصب الدار ولم تنهدم بسبب سكناه بل انهدمت او طرأ على قيمتها نقصان بآفة سماوية فلا يلزم الضمان عند الشيخين.

فلو احترقت الدار المغصوبة والغاصب ساكن فيها بحريق وقع عند الجيران او انهدمت بزلزال فلا يلزم الغاصب ضمان.

ولما كان قد ذكر في الفقرة الثانية من هذه المادة وامثلتها قيد صنعه وفعله، مع ان المغصوب مضمون على الغاصب عند الامام محمد اذا طرأ عليه نقصان او تلف بلا صنع الغاصب فتكون المجلة قد اخذت في الفقرة المذكورة برأي الشيخين. ويلزم ضمان النقصان الحاصل بصنع الغاصب دون النقصان الحاصل بلا صنعه، والفرق هو ان النقصان الحاصل بفعل الغاصب يكون قد وقع باتلاف الغاصب. اما العقار لما كان مضموناً باتلافه فلا تشترط فيه ازالة اليد المحقة عنه واثبات يد مبطلة عليه كما يكون الآدمي الحر مضموناً باتلافه، كذلك لو اخذ احد تراباً من عرصة لاخر ونقله الى عرصته يكون ضامناً قيمته.

وعليه فالعقار مع انه غير مضمون، بالغصب لملابسة عدم امكان ازالة اليد المحقة عنه فهو

مضمون بالاتلاف (الهداية، العيني، الزيلعي، منلامسكين، ابو السعود).

٣ ـ مقدار النقصان، يستفاد من هذا انه لا يجبر الغاصب على بنائه كالاول. وقد وضح ذلك في شرح المادة (٩١٨) وبين سببه.

كذلك لو احترقت الدار من النار التي اوقدها الغاصب ضمن الغاصب قيمتها مبنية بالاجماع. لأن العقار المغصوب في هذه الحال يكون قد اتلف من طرف الغاصب وقد اتفق على كونه مضموناً باتلافه (الهداية) انظر الفقرة الاخيرة من المادة (٩٠٣). وسواء أاوقدت النار كالمعتاد ام على خلاف المعتاد فالحالان متساويتان في الحكم وقد ذكر ذلك في الفتاوي مطلقاً على هذا الوجه. اي انه اذا احترقت الدار لظهور الحريق على احدى الحالين لزم الغاصب الضمان. مع انه لو احترقت الدار المأجورة بايقاد النار فيها على الوجه المعتاد فلا يلزم الضمان. والفرق: ان اقامة المستأجر في المأجور مستندة الى عقدة ومشروعة أما اقامة الغاصب في العقار المغصوب فغير مشروعة وظلم.

لكن لو احترقت الدار المذكورة بظهور حريق في الحي فلا يلزم الضمان عند الشيخين. اما عند الامام الثالث فيلزم الضمان. كذلك لو اجتاح السيل البستان الذي اغتصبه واجترف ابنيته وأشجاره أو اجتاحت المياه الأرض المغصوبة فطرأ على قيمتها نقصان أو بقيت الأرض المذكورة تحت المياه بالكلية فلا يلزم الضمان عند الشيخين (الهندية).

وحكمة قوله النار التي اشعلها الغاصب في هذه الفقرة:

انه لو وقع في العقار الذي غصبه أحد الضرر المذكور في الفقرة هذه أو الضرر المذكور في الفقرة الأولى بفعل آخر غير الغاصب يلزم ذلك الشخص الضمان عند الشيخين. أما عند الإمام محمد فالمالك مخير في هذه الصورة فله أن يضمن من شاء من الغاصب والشخص الآخر كما لو هدم أحد العقار الذي غصبه الغاصب وهو في يده أي في يد الغاصب أو قطع أشجاره كان المالك مخيراً عند الإمام محمد، إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن ذلك الشخص. وليس للمتلف الرجوع على أحد بخلاف الغاصب فله الرجوع على المتلف بما ضمن (الجوهرة والبزازية في أوائل الغصب، الهندية في أواخر الباب الأول من الغصب).

﴿المادة ٩٠٦﴾- (إذا كان المغصوب أرضاً وكان الغاصب أنشأ عليها بناء أو غرس فيها أشجاراً يؤمر الغاصب بقلعها وإن كان القلع مضراً بالأرض فللمغصوب منه أن يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض ولكن لو كانت قيمة الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض وكان قد أنشأ أو غرس بزعم سبب شرعي كان حينئذ لصاحب البناء أو الأشجار أن يعطي قيمة الأرض ويتملكها. مثلاً لو أنشأ أحد على

العرصة الموروثة له من والده بناء بمصرف أزيد من قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها).

إذا كان المغصوب أرضاً فأنشأ الغاصب عليها لنفسه أبنية أو غرس فيها كروماً وما إلى ذلك من الأشجار، وكان قلبها غير مضر بالأرض يؤمر الغاصب لدى الطلب بقلعها في الحال ليرد الأرض فارغة من الأبنية والأشجار ولو كانت قيمة ذلك أكثر من قيمة الأرض (الطحطاوي).

فلذلك ليس للغاصب أن يمتنع عن القلع بداعي أن القلع مضر ببنائه وأشجاره وإن قيمة بنائه وأشجاره أزيد من قيمة الأرض كما أنه ليس للمغصوب منه أن يمانع في قلع الشجر بداعي أنها تابعة للأرض وان يطلب تملك الأبنية والأشجار حالة كون قلعها غير مضر بالأرض (البهجة).

إلا أنه إذا كان قلع الأبنية والأشجار مضراً بالأرض فللمغصوب منه كما هو مذكور في الفقرة الآتية حق تملك الأبنية والأشجار (الطحطاوي).

كذلك لو غرس أحد تغلباً في المواضع التي يتراكم فيها الطين من الحافة الظاهرة للنهر الذي يجري ماؤه على طاحونة آخر فلصاحب الطاحونة حق طلب رفع وقلع تلك الأشجار (المجموعة الجديدة).

كذلك لو أحدث أحد بناء في عرصة لزوجته من ماله بدون إذن منها وتوفيت الزوجة بعد ذلك وقسم الورثة العرصة بينهما فخرج البناء في حصة الوارث الآخر فأراد صاحب البناء قلع بنائه وكان قلع البناء غير مضر بالأرض، فليس لسائر الورثة أن يطلبوا إدخال البناء في الميراث (الفيضية).

إيضاح القيود:

١ ـ الأرض، هذا التعبير ليس احترازياً من جهة لأنه لو كانت دار أحد في يد آخر مثلاً. اذن صاحب الدار المستأجر الساكن فيها بتعمير حائطها وسقفها على أن يحسب مصروف ذلك من اجرة الدار فعمرها. فللشخص المذكور إذا كان القلع غير مضر بالدار أن يقلع ويرفع ما بناه وعمره وأن يأخذه لنفسه (التنقيح).

ومن جهة أخرى احترازي: فلو غصب أحد جزءاً وأدخله في البناء الذي أنشأه أي استعمله فيه زال ملك المالك ولزمت القيمة الغاصب (الجوهرة).

أما إذا أراد الغاصب نقض البناء ورد الجزع على حاله الأصلي فينظر. فإذا حكم الحاكم ببدله فليس للغاصب حق في ذلك، واذا لم يكن قد حكم ببدله بعد جاز عند بعض الفقهاء رد المغصوب بنقض البناء وكان حلالاً. إلا أنه عند البعض الآخر من الفقهاء ليس بجائز ولا حلالاً لأن في هذا تضييعاً للمال بلا فائدة (الطحطاوي مع الدر المختار). رجل غصب ساجة وأدخلها في بنائه فإنه يتملك الساجة وعليه قيمتها فإن كانت قيمة الساجة والبناء سواء فإن اصطلحا على شيء جاز وإن تنازعا يباع البناء عليهما ويقسم الثمن بينهما على قدر ما لهما (الخانية).

كذلك لو غصب أحد خيطاً لآخر وخاط به ثيابه ضمن بدل الخيط. وليس له نقض الثياب واسترداد الخيط (الجوهرة).

٢ ـ في الحال، يلزم القلع في الحال ولا حق للغاصب في الاستمهال. فعليه لو أراد المغصوب منه في موسم الصيف قلع الغراس التي زرعها الغاصب في الأرض المغصوبة فاستمهله الغاصب إلى الربيع ليزرعها في مكان آخر فلا يمهل ما لم يَرْضَ المغصوب منه. أما لو اشترى صاحب الأرض تلك الغراس برضاه جاز (الهندية في الباب الثامن).

٣ ـ يؤمر الغاصب، وعليه لو أبى الغاصب قلعها ورفعها وغاب راجع المغصوب منه الحاكم وحصل منه على الأمر بالقلع على أن يأخذ مؤونة القلع بعد ذلك من الغاصب فيقلعها بالقدر المعروف من المؤونة وتسلم الأنقاض والأشجار المقلوعة للغاصب ومؤونة القلع على الغاصب (البهجة) ولصاحب الأرض قلع ذلك بنفسه بسبب ذلك ولكن يلزم أن لا يكسر أشجار الغاصب ولبنه وإن كان لا يلزمه الضمان (الهندية).

٤ ـ بالقلع، لزوم القلع والرد ناشئ عما يأتي: فقد جاء في الحديث الشريف: ليس لعرق ظالم حق يعني أنه ليس للعرق الظالم حق وثبوت ووصف العرق بالظلم مجاز من قبيل صام نهاره وقام ليله (الزيلعي) بتنوين عرق ظالم وهو الذي يغرس في الأرض على وجه الاغتصاب وقد رُوي بالإضافة أي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه (أبو السعود المصري).

وكذلك لما كانت الأرض غير مستهلكة فحق صاحب الأرض باق فيها وحيث إنه يجب لتملك الأرض سبب ولم يوجد هذا السبب فيؤمر بالتفريغ في هذا كما يؤمر الشخص الذي يضع شيئاً في إناء آخر ويشغله بتفريغ الإناء (الهداية).

تفريع المسائل: يتفرع عن فقرة المجلة هذه المسائل الآتية:

المسألة الأولى، لو بنى أحد بناء في محل مخصوص لكي يضع فيه أهل القرية مركبات النقل فلأهل القرية مراجعة القاضي وطلب قلع ذلك البناء (البهجة).

المسألة الثانية: لو أحدث أحد لنفسه بناء في العرصة المشتركة بينه وبين آخر فلذلك الآخر تقسيم العرصة وقلع ما يبقى في حصته من الأبنية. وليس لصاحب العرصة منعه ذلك والمداخلة في البناء ما لم يكن قلع رفع البناء مضراً بالعرصة (البهجة وجامع الفصولين).

رجل قلع تالة من أرض رجل وغرسها في ناحية أخرى من تلك الأرض فكبرت كانت الشجرة للغارس وعليه قيمة التالة يوم قطعها ويؤمر الغاصب بقطع الشجرة فإن كان القلع يضر بالأرض كان لصاحب الأرض أن يعطيه قيمة الشجرة المقطوعة (الخانية).

اختلاف الفقهاء: قد بين بعض الفقهاء لزوم قلع الأشجار والأبنية سواء أكانت قيمتها أكثر من قيمة الأرض أم أقل وقد أفتى شيخ الاسلام أبو السعود وعلي أفندي على هذا الوجه:

فعليه إذا روعيت منفعة الجاني الذي ارتكب أمراً غير مشروع في الخصوص الذي جني فيه فأعطى للغاصب حق تملك العرصة إذا كانت قيمة بنائه تزيد عن قيمة العرصة حرصاً على عدم ضياع حق

الغاصب فلا يكون ذلك موافقاً للعدل وكذلك يلزم قلعه على الإطلاق سداً لباب الظلم، ويفهم من فقرة المجلة الآنفة الذكر أنها اختارت هذا القول أي قول لزوم القلع على الإطلاق (العيني).

إن إيقاع الغاصب الغصب في المسألة المذكورة اختياراً بخلاف الحال الواقعة في المسائل المذكورة في المادة (٩٠٢) فهي اضطرارية والفرق ظاهر بين هذه المسألة والمسائل التي مر ذكرها في المادة (٩٠٢) (التنقيح).

وقد ذكرت هذه المسألة مع تفصيلاتها اللازمة في كتاب الغصب من التنقيح. وقد اتبع البعض الآخر من الفقهاء الأقل الأكثر. إذا كانت قيمة البناء أقل وقيمة الأرض أكثر فكما أن لصاحب الأرض أن يدفع للغاصب قيمة البناء ويتملكه فلصاحب البناء أيضاً أن يدفع قيمة الأرض ويتملكها إذا كانت قيمة البناء أكثر وقيمة الأرض أقل إلا أن شيخ الإسلام أبو السعود قد قال بعدم جواز الإفتاء على هذا القول.

مستثنى من الاختلاف:

إن الاختلاف المار الذكر يكون فيما إذا كانت الأرض المغصوبة ملكه، أما إذا كانت وقفاً فيؤمر بالقلع والرد مطلقاً (مجمع الأنهر).

وإذا كان قلع الأبنية والأشجار مضراً بالأرض إذا كان يحدث بسبب القلع أي نقصان فاحش يضر بالأرض يفسدها فللمغصوب منه ضبط الأبنية والأشجار وإعطاء قيمتها مستحقة القلع. وليس رضاء الغاصب في هذا شرطاً. لأن في هذه الصورة منفعة للإثنين كما أنه فيها دفع المضرة عنهما (الهداية).

لأن البناء والشجر لما كانا مالين للغاصب فعدم إعطائهما للغاصب إضرار به فلا يجوز كما أن في قلعهما وتسليمهما ضرر يلحق صاحب المال أي المغصوب منه وحيث إن الضرر ممنوع بمقتضى المادة (١٩) فهو لذلك غير جائز (العيني).

إيضاح القيود:

١ ـ إذا كان مضراً، هذه العبارة قد فسرت أثناء الشرح بالضرر الفاحش. لأنه إذا فهم أنه يلحق الأرض ضرر قليل بسبب القلع تقلع الأشجار والأبنية ويلزم رد الأرض المغصوبة لصاحبها. ويضمن الغاصب نقصان الأرض أيضاً (رد المحتار).

٣ ـ مستحقاً للقلع، ولزوم هذه القيمة ناشئ عما يأتي: ليس للغاصب حق القرار يعني أنه ليس له حق إبقاء الأبنية والأشجار. فعليه لا تلزم قيمتها قائمين (أبو السعود حاشية الكنز) إذا أحدث المستأجر في العقار المأجور بناء أو غرس شجراً فالحكم هكذا كما أوضح في المادة (٥٣١) وشرحها.

٤ ـ يمكنه ضبطه: يستفاد من هذا التعبير أن للمغصوب منه في تلك الحال التي يكون فيها قلع الأبنية والأشجار مضراً لأرض بأن يرضى الضرر لنفسه فيقلع الأبنية والأشجار ولا يتملكها مستحقة القلع (الطحطاوي). لأن إعطاء حق التملك منه كان وقاية له من الضرر. ونظير ذلك مذكور في شرح الفقرة الآتية:

المسألة المستثناة من الفقرة الأولى:

إلا أنه إذا كانت قيمة الأبنية أو الأشجار أزيد من قيمة الأرض وكان الذي أنشأ الأبنية أو غرس الشجر أنشأها بزعم[١] سبب شرعي موجود في نفس الأمر ويفيد الملكية له ففي تلك الحالة يعطي صاحب الأبنية والأشجار قيمة الأرض ويتملكها حتى لو تحقق بعد ذلك عدم وجود ذلك السبب في نفس الأمر ولو لم يرض صاحب الأرض بذلك التملك، ويوجد بهذا التملك شرطان:

الشرط الأول، كون قيمة الأبنية أو الأشجار زائدة عن قيمة الأرض. وعليه إذا كانت القيمة المذكورة زائدة انقطع حق المالك من العرصة وانقلب إلى القيمة. وعلى هذا التقدير إذا لم يستعمل صاحب الأبنية أو الأشجار حق تملكه مع وجود ذلك الحق له ورضي بقلع الأبنية أو الأشجار ورد الأرض إلى صاحبها ينظر فاذا حكم الحاكم على الغاصب بإعطاء قيمة الأرض فليس له رد تلك الأرض بعد ذلك أما اذا كان الحكم بذلك لم يصدر فله الرد قبل لحوق الحكم كما ذكر بعض المشايخ (الهندية والشرنبلالي).

الشرط الثاني، ينبغي أن يكون إنشاء تلك الأبنية وغرس تلك الأشجار مستنداً إلى زعم شرعي بكون تلك الأرض ملكاً له فإذا لم يوجد الشرط الأول يلزم قلع الأبنية أو الأشجار كما أنه اذا لم يوجد الشرط الثاني يرجع حكم المسألة الى الفقرة الأولى من هذه المادة.

قيں إذا كانت زائدة. لأنه إذا تساوت قيمة الأبنية أو الأشجار مع قيمة العرصة واتفقا على شيء كأن يعطي أحدهما بدل مال الآخر أو على أن يبيعاهما معاً ويقتسما الثمن بالتساوي بينهما فبها وإلا فتباع العرصة مع الأبنية أو الأشجار ويقسم الثمن بينهما (الشرنبلالي، الطحطاوي).

مثلاً لو بنى أحد أبنية على عرصة ورثها عن أبيه وصرف على إنشائها نقوداً تزيد عن قيمة تلك العرصة فظهر بعد ذلك للعرصة مستحق فلذلك الشخص أن يعطي قيمة العرصة ويضبطها ولو لم يرض صاحب العرصة.

وتحتاج عبارة (وصرف على إنشائها نقوداً الخ . . .) في هذا المثال الى الإيضاح. وهو أن القيمة المعتبرة في الأبنية والأشجار هي قيمة الأبنية والأشجار في نفس الأمر وليس ما صرفه ذلك الشخص على تلك الأبنية والأشجار مثلاً لو كانت قيمة العرصة أربعين ديناراً وقيمة الأبنية ثلاثين ديناراً إلا أن الأبنية كلفت صاحبها ستين ديناراً فلا يعد في تلك الحالة أن قيمة الأبنية أزيد من قيمة العرصة لأن المراد من عبارة (صرف على إنشائها نقوداً) هو النقود التي تصرف على البناء وتكون معادلة لقيمة البناء الحقيقية.

وليس للغاصب أن يستفيد من حكم هذه الفقرة فيما إذا زعم أن الغصب الواقع يفيد الملكية له كما أن الإستئجار لا يكون سبباً شرعياً يصح فيه الزعم كما يستفاد ذلك من المادة (٥٣١)

لكن هل يكون الابتياع والإتهاب وقبول الصدقة سبباً شرعياً؟

مثلاً لو اشترى أحد عرصة من آخر ظاناً أنها ملكه أو أخذها منه هبة أو صدقة وبعد أن بنى فيها بناء ظهر لها مستحق وادعاها وأثبتها وضبطها فهل يجري في ذلك حكم الفقرة الثالثة؟

(١) الزعم بالحركات الثلاث من أضداد القول سواء كان القول حقاً أو باطلاً أو كذباً.

مع أن ذلك من أسباب التملك كالإرث الذي ذكر مثالاً في هذه المادة كما هو مبين في المادة (١٢٤٨) إلا أنه يوجد ثلاث مسائل تخالف ذلك بحسب الظاهر ولنبادر إلى ذكرها.

المسألة الأولى - لو باعت هند الأرض بحدودها من زيد فأنشأ زيد بناء مرتفعاً وادعت زينب جارته بعد أربع سنوات أن الأرض هي لها وكانت قيمة البناء أزيد من قيمة الأرض فلزينب أن تجعل زيداً يهدم البناء إذا ثبتت دعواها (أبو السعود العمادي في الغصب).

المسألة الثانية، لو اشترى أحد داراً وبعد أن أنشأ فيها بناء ضبط نصفها بالإستحقاق فالمشتري مجبر على نقض البناء، الأغلب أنه إذا كانت قيمة البناء أقل (الشارح) ويكون المشتري حينئذ مخيراً إن شاء أخذ أنقاض بنائه ولا يرجع على البائع بشيء إذ يأخذ المشتري الأنقاض برضاه يكون قد أبرأ بائعه من الزيادة وإن شاء ترك الأنقاض للبائع وضمن البائع قيمة البناء مبنياً أنظر المادة (٦٥٨).

ولو كان البائع إثنين والمشتري واحداً والمسألة بحالها يؤمر المشتري بنقض بنائه كما مر (جامع الفصولين).

المسألة الثالثة، لو اشترى أحد داراً من الغاصب وهدمها وأدخلها في داره وحضر مالكها بعد ذلك ينظر. فإذا كان البناء قليلاً وكان رفعه متيسراً يرفع وترد إلى مالكها وإذا كان كثيراً ورفعه متعذراً ويمتد الزمان في رفعه فالمالك مخير. إن شاء طلب رفعه وإن شاء أبقاه وتركه وضمن المشتري قيمة الأرض مع البناء (الهندية في الغصب).

أقوال ثلاثة في البناء في الأرض المغصوبة:

إذا أنشأ الغاصب في الأرض المغصوبة أبنية أو غرس أشجاراً فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول، رد الأرض بهدم البناء أو قلع الأشجار على الإطلاق. ولعل المسألة الأولى المنقولة عن أبي السعود مبنية على هذا.

القول الثاني، أن تهدم وتقلع إذا لم يكن الهدم والقلع مضرين بالأرض فإن كانا مضرين فلصاحب الأرض أن يتملكها أما إذا كانت قيمة الأبنية والأشجار أزيد من قيمة الأرض فيتبع الأقل الأكثر سواء كان الإنشاء والغرس بزعم شرعي أو بلا زعم.

القول الثالث، أن يقلع الشجر ويهدم البناء إذا كان قلعهما وهدمهما غير مضر بالأرض فإذا كان قلعهما وهدمهما مضرين بالأرض فللمغصوب منه حق تملكهما وأن يتبع الأقل الأكثر فيهما إذا حصل الإنشاء أو الغرس بزعم سبب شرعي وهو القول الذي اختارته المجلة (رد المحتار).

لنبادر إلى بيان التفصيلات الآتية في حق البناء أو الغرس في أرض الغير: ان الارض خمسة أقسام.

القسم الأول، الأرض المملوكة. كالعرصة المملوكة لشخص، والأرض العشرية، والأرض الخراجية. وهذا القسم نوعان النوع الأول، هو الأراضي المشتركة بين الباني أو الغارس وبين آخر. وحكم ذلك مذكور في المادة (١١٧٣) فليراجع هناك.

النوع الثاني، ألا يكون للباني والغارس في الأرض المذكورة حصة ما، وأن يكون ملكاً للغير وفي البناء والغرس الواقعين في هذا أربعة وجوه:

الوجه الأول، أن يبني أحد أبنية أو يغرس أشجاراً لنفسه بأمر مالك الأرض وإذنه والإذن في هذه الصورة أما أن يكون إجارة وقد مر حكمه في المادة (٥٣١) وأما أن يكون إعارة وقد مر حكمه أيضاً في المادة (٨٣).

الوجه الثاني، أن يبني أو يغرس أحد بأمر وإذن صاحب الأرض أبنية أو أشجاراً لصاحب الأرض، وقد بين حكم ذلك في المادة (١٥٠٨) وهو أن الأبنية والأشجار تكون في تلك الصورة ملكاً لمالك الأرض والمأمور يرجع على آمره أي على صاحب الأرض بما صرفه.

فلو عمر أحد دار زوجته بأمرها وإذنها من ماله كانت العمارة للزوجة ويلزم الزوجة تأدية الزوج مصروفاته على عمارة الدار لأن الملك لها وقد صح أمرها بذلك فينتقل الفعل إليها وتكون كأنها هي التي عمرته فبقي على ملكها وهو غير مقطوع في الإتفاق ويرجع عليها لصحة أمرها كالمأمور بقضاء الدين (واقعات المفتين).

الوجه الثالث، أن يبني أحد بناء أو يغرس شجراً في الأرض لصاحبها بدون إذنه، وحكم ذلك أن تكون الأبنية والأشجار للمالك وذلك الشخص يكون متبرعاً فيما صرفه على ما هو مفصل في شرح المادة (١٥٠٨) (رد المحتار في مسائل شتى).

مثلاً لو عمر أحد دار زوجته بدون إذنها كانت العمارة الواقعة مالاً للزوجة ويكون ذلك الشخص متبرعاً فيما صرفه وليس له الرجوع عليها لأنه لا ولاية له في إيجاب ذلك عليها وقد ملكته هي برضاه فكان متبرعاً (واقعات المفتين).

الوجه الرابع، ان يغرس أحد شجراً أو يبني ابنية لنفسه من غير اذن مالك الأرض وحكم ذلك وان فصل في هذه المادة وشرحها فقد رؤي ايراد مثال واحد اطراداً للباب.

كما لو عمر أحد دار زوجته بدون اذنها لنفسه كانت العمارة الواقعة له لأن اللوازم التي تستعمل في البناء هي ملك لذلك الشخص ولا تخرج من ملكه بدون رضاه فتكون ملكيته باقية في اللوازم المذكورة ويكون غاصباً للعرصة وفي هذه الحال يرفع البناء بطلب الزوجة وادعائها (واقعات المفتين).

القسم الثاني، الأراضي الأميرية. وهي أيضاً على نوعين:

النوع الأول، هي الأرض الأميرية المشتركة بين الباني أو الغارس وبين آخر، وحكم هذه يستفاد من المادة (١١٧٣). مثلاً لو أحدث أحد الشريكين أوغرس في الأرض الأميرية التي يتصرف بالاشتراك فيها أبنية .وأشجاراً فضولاً لنفسه بدون إذن الآخر وطلب الشريك الآخر رفعها فإذا لم تكن قابلة القسمة أو كانت قابلة القسمة ولم يرد أحد الشركاء التقسيم ترفع تلك الأبنية والأشجار أما لو طلب أحد الشركاء التقسيم وكانت تلك الأراضي قابلة التقسيم فتقسم الأراضي المذكورة. لأنه لو رفعت تلك الأبنية الأشجار قبل القسمة بطل حق الباني والغارس بالكلية وإذا قسم فيكون قد حافظ على حقه بمقدار حصته. والمقدار الذي يصيب حصة الباني أو الغارس في هذه الصورة من الأبنية أو الأشجار يعود إليه فيتصرف فيه كما يشاء. أما المقدار الذي يصيب حصة ذي الحصة الآخر فيقلع ويرفع بطلبه.

كذلك إذا أحدث أحد الشركاء في قسم من الأراضي المشتركة أبنية فتقسم تلك الأراضي بالطلب على الوجه المحرر. فإذا أصابت الأبنية حصة الباني فبها وإلا فتقلع.

يعني لو بنى أحد الشريكين على ما هو مذكور آنفاً بدون إذن الآخر في الأرض التي في تصرفها بسند طابو وقسمت الأراضي بطلب الشريك الآخر وخرج البناء في حصة الباني كان البناء له أي للباني.

النوع الثاني، أن تكون الأرض في تصرف شخص مستقلاً وليس بالاشتراك فالبناء والغرس في هذا النوع من الأراضي الأميرية تجري فيه الوجوه الأربعة المبينة هي وأحكامها آنفاً.

ولنبين الآن الوجوه الأربعة:

الوجه الأول، هو أن يبني أحد في الأرض الأميرية بإذن المتصرف فبها بناء أو يغرس فيها أشجاراً وفي هذه الصورة يكون الإذن إما إجارة. ويستفاد حكم ذلك من المادة (٥٣١). وإما إعارة وحكم ذلك في المادة (٨٣١).

الوجه الثاني، لو أنشأ أحد في الأرض الأميرية للمتصرف في الأرض بأمره وإذنه بناء أو غرس أشجاراً وقد ورد حكم ذلك في المادة (١٥٠٨) وعليه البناء والغرس لصاحب الأرض باذنه هما لصاحب الأرض وللمأمور أن يرجع على الآمر أي صاحب الأرض بما أنفق.

الوجه الثالث، أن يبني أو يغرس أحد في الأرض الأميرية للمتصرف فيها بناء أو غرساً بدون اذنه. وحكم ذلك أن تكون الأبنية والأشجار للمتصرف في الأرض ويكون ذلك الشخص متبرعاً في مصروفاته.

الوجه الرابع، أن يُنشيء أحد أبنية أو يغرس أشجاراً في الأرض لنفسه بدون اذن المتصرف فيها، وحكم ذلك كما يستفاد من هذه المادة من المجلة، القلع والرفع بطلب المتصرف إن كان القلع والرفع غير مضرين بالأرض سواء أكانت قيمة الأبنية والأشجار أكثر من قيمة الأرض أو أنقص أو كانت مساوية، إلا إذا أحدثت الأبنية والأشجار بزعم سبب شرعي فيتبع في هذه الحال الأقل الأكثر.

القسم الثالث، الأرض الموقوفة. تكون الأبنية أو الأشجار التي يصير أحداثها فيها على خمسة وجوه:

الوجه الأول، أن يبنى متولي الوقف أبنية أو يغرس أشجاراً بمال الوقف في أرض الوقف، فتكون الأبنية والأشجار في هذه الحال للوقف سواء صرح المتولي حين الإنشاء بأنها للوقف أم لم يصرح وسواء أشهد على أنها لنفسه أم لم يشهد.

الوجه الثاني، أن يُنشئ المتولي أبنية أو يغرس أشجاراً بماله في الأرض الموقوفة التي هو متول عليها، تكون الأشجار والأبنية للوقف إذا أطلق حين الغرس والإنشاء أو صرح بكونها للوقف أما إذا صرح بكونها لنفسه وأشهد على ذلك حين الإنشاء أو الغرس كانت ملكاً له. وفي هذه الحال يكون هذا المتولي قد غصب أرض الوقف (رد المحتار في مسائل شتى).

وإذا كان المتولي الذي بنى بماله هو الواقف فيكون البناء مالاً له أيضاً وإن سكت ولم يشهد على كونه قد بناه لنفسه. ويكون قد اغتصب عرصة الوقف.

الوجه الثالث، أن يُنشئ أحد أبنية أو يغرس أشجاراً بأمر المتولي. واذنه في ارض وقف بشرط أن يرجع على الوقف فتكون تلك الابنية والاشجار للوقف ولذلك الشخص الرجوع بمصروفاته على المتولي.

الوجه الرابع، أن يُنشئ أحد أبنية للوقف بدون أمر المتولي أو يغرس أشجاراً له فيكون في هذه الصورة متبرعاً بتلك الأبنية والأشجار للوقف فعليه ليس لذلك الشخص الرجوع على الوقف بما صرفه

كما أنه ليس له قلع الأبنية والأشجار، قد وضح في شرح المادة (٥٣٠) أنه إذا غير أحد الوقف عن حاله الأصلي أبقى هذا التغيير نافعاً للوقف أما إذا لم يكن نافعاً له فيرجع إلى حاله الأصلي ويعزر المغير.

الوجه الخامس، أن يبني أحد غير المتولي أبنية أو يغرس أشجاراً في عرصة الوقف مصرحاً بأنها لنفسه أو مطلقاً ذلك أي لم يذكر كونها لنفسه أو للوقف، فتكون الأبنية والأشجار ملكاً لذلك الشخص، وإذا اختلف المتولي والشخص المذكور في ذلك فألقوا لـذلك الشخص مـا لم يثبت المتولي بـالبينة أن الشخص المذكور قد أنشأه للوقف.

وإذا احترق الوقف المتصرف فيه بالإجارتين وبناه المتصرف مجدداً كان هذا البناء مالاً للمتصرف ولا يكون متبرعاً به للوقف. لو كان قد كتب في سند التصرف أن كل ما يبني تبرع للوقف فلا يكون تبرعاً. لأن التبرع حق للطرف المتبرع. وليس حقاً للمتبرع له. وإذا توفي صاحب هذا البناء في هذه الصورة كان البناء موروثاً للورثة الشرعيين وذوي الأرحام أيضاً. ولا يعود لجانب الوقف محلولاً. والحال أن هذا البناء بالنظر إلى الأصول المرعية عند نظارة الأوقاف يعد محلولاً ويضبط. ومع أن ذلك غير جائز إذ لا يرضى به الواقف فضلاً عن كونه اغتصاباً لحقوق الأيتام، والعباد. وإذا فوض هذا البناء لآخر بداعي أنه محلول فيكون ذلك الشخص غاصباً وآثماً. على أن وقوع أحوال كهذه في الأوقاف التي يجب أن تراعى فيها المسائل الشرعية المحضة مما يؤسف له جد الأسف.

يكون الأجنبي أو المتولي الذي يُنشئ أو يغرس في عرصة لوقف غاصباً لتلك العرصة سواء أبين في هذا الوجه الخامس أو في النوع الثاني،أشهد أنه من ماله ولنفسه أم لا، وعليه إذا لم يكن قلع الأبنية والأشجار مضراً بالوقف تقلع.

مثلاً لو أحدث أحد تغلباً في العرصة المعدة لدفن الموتى والتي هي حريم لمدرسة بناء فلمتولي تلك المدرسة قلع البناء المذكور إذا كان القلع غير مضر بها.

كذلك لو أحدث شخص تغلباً بناء علوياً على سطح دكان جارية في تصرف شخص آخر بالإجارتين لم يكن عليها بناء علوي من القديم بدون إذن متولي الوقف والمتصرف فيه يهدم البناء المذكور إذا كان هدمه غير مضر بالوقف، وللمتصرف مع المتولي طلب هدم البناء (المجموعة الجديدة).

أما إذا كان قلع الأبنية والأشجار مضراً بالوقف فعليه إداء أقل القيمتين من قيمة الأبنية والأشجار مستحقة القلع وقيمتها قائمة للباني والغارس من غلة الوقف وإذا لم يوجد غلة للوقف تؤجر الأبنية وتؤدي القيمة المذكورة من بدل الإيجار، إذا لم يمكن ذلك لزم صاحبها التربص إلى أن تتخلص الأبنية والأشجار. وإلا فليس له أن يقول إنني أقلع الأبنية والأشجار وآخذها.

كذلك إذا أحدث أحد بدون اذن المتولي أبنية على عرصة لوقف وكان قلعها مضراً بالوقف فطلب متولي الوقف أخذ تلك الأبنية بأقل من قيمتها مقلوعة ولم يقبل الباني إعطاءها فللباني أن يتربص لحين خلاص بنائه من العرصة وليس له طلب قلعه (البهجة).

القسم الرابع، الأراضي المتروكة، كالطريق العام، والمصلى، والمرعى العام، والمحتطب، والمقبرة، ولما كان هذا القسم من الأراضي ليس له مالك مخصوص لا يتصور فيه البناء والغرس بإذن المالك وإعطاء واحد من العامة أو إعطاء مجموعهم إذناً بالبناء أو الغرس والتصرف فيها على صورة غير الصورة التي وضعت لها لا يجيز ذلك. يلزم على كل حال رفع المحدثات التي عليها وقلعها وإعادتها إلى حالها السابقة.

مثلا لو بنى أحد لأهالي قرية محلاً لوضع عربات النقل فلأهاليها أن يراجعوا الحاكم ويقلعوا البناء (البهجة) ولا تجري في ذلك مسألة إتباع الأقل الأكثر كما تجري في صورة الإنشاء بزعم سبب شرعي، كذلك لا تجري قاعدة إعطاء صاحب البناء قيمة الأبنية مستحقة القلع إذا كان القلع مضراً بالأرض.

القسم الخامس، الأراضي الموات، ولما كان ليس للأراضي المذكورة مالك مخصوص، بذلك لا يتصور البناء والغرس بإذن مالكها فلا حكم لاذن أحد الأفراد أو مجموعهم ويلزم إذن سلطاني لإنشاء الأبنية أو غرس الأشجار فيها.

وعليه إذا غرس أحد في الأرض الموات غرساً أو شجراً أو بنى فيها بناء كان ذلك إحياء لتلك الأرض كما سيبين في شرح المادة (١٢٧٥).

وفي هذه الصورة لو عمل أحد ذلك بإذن سلطاني على ما هو مذكور في المادة (١٢٧١) كان ذلك

الفاعل مالكاً لرقبة تلك الأرض أو لحق التصرف فيها، وحينئذ يكون له حق إبقاء البناء. أما إذا فعل ذلك من دون إذن سلطاني فلا يملك الأرض.

وليس للقصر المنشأ بإذن سلطاني في أرض موات حريم. وان كان يحتاج إليه لإلقاء الكناسة (رد المحتار).

بناء عليه إنما يملك صاحب البناء المحل المبني عليه القصر فقط ولا يملك أطرافه. ما لم تكن أطرافه قد أحييت بسبب من الأسباب المحررة في المادة (١٢٧٥) من المجلة مع الإذن السلطاني.

وهذه التفصيلات التي في حق البناء في أرض الغير هي من خواص كتابي ولله الحمد.

﴿المادة ٩٠٧﴾- (لو غصب أحد عرصة آخر وزرعها ثم استردها صاحبها يضمنه نقصان الأرض الذي ترتب على زراعته كذلك لو زرع أحد مستقلاً العرصة التي يملكها مشتركاً مع آخر بلا إذنه فبعد أخذ حصته من العرصة يضمنه نقصان حصته من الأرض الذي ترتب على زراعته).

يوجد ثلاث صور فيما لو غصب أحد أرض غيره المملوكة وزرعها:

الصورة الأولى، أن تكون المزروعات قد أدركت أي أن تكون قد حان وقت حصادها. وعلى هذا التقدير لصاحب الأرض أن يرفع المزروعات تفريغاً لملكه ويسترد أرضه فقط. ولا دخل لصاحب الأرض بالمزروعات أي ليس له أن يقول إن المزروعات هي لي وان لي حقاً كذا حصة فيها. أنظر المادة (١٢٤٦) حتى إنه لو زرع أحد في أرضه حنطة فقلب آخر تلك الأرض تغلباً وزرع حنطة ثم نبتت الحنطات إثنتاهما وأدركتا الزرع جميعه لذلك الشخص ويضمن لصاحب الأرض حنطته مزروعة في أرضه (البهجة، وعلي أفندي) لأن خَلطَ الجنس بالجنس عند أبي حنيفة استهلاك. فتقوم الأرض ولا بذر فيها وتقوم وفيها بذر فيرجع بفضل ما بينهما. فان جاء صاحب البذر الأول وهو صاحب الأرض وألقى بذر نفسه مرة أخرى وقلب الأرض قبل أن ينبت البذر أو لم يقلب وسقى الأرض فنبت البذر كله فجميع ما ينبت لصاحب الأرض وعليه للغاصب مثل بذره ولكن مبذوراً في أرض غيره (الهندية في الباب العاشر من الغصب وفيها تفصيل المسألة).

وعلى هذا الوجه إذا استرد صاحب الأرض أرضه وكان قد ترتب نقصان على زراعة ذلك الشخص الأرض إذ ان ذلك إتلاف لبعض العقار ضمن نقصان الأرض الحاصل وإذا امتنع صاحب الزرع عن القلع فلمالك الأرض أن يفعل ذلك (التنقيح، الهندية في الباب العاشر).

فلو زرع الغاصب الأرض المغصوبة قطناً وكرب بعد ذلك المغصوب منه الأرض وزرع فيها شيئاً آخر فلا يلزم المالك ضمان ما لأن المالك انما قد أتى فعلاً سيعمله القاضي متى رفع إليه الأمر (الأنقروي).

وهل يكون هذا الزرع حلالاً للغاصب:

أما تحليل الزرع للغاصب فيلزم له عند الطرفين أن يتصدق الغاصب بما يزيد على بذاره الذي هو

رأس ماله، ومصروفاته، والمقدار الذي يضمنه للمغصوب منه. لأنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل (الطحطاوي).

لو زرع الغاصب كيلة حنطة فنتج منها أربع كيلات وكان ما صرفه الغاصب كيلة بذار، وكيلة مؤونة للزراعة، وكيلة لصاحب الأرض نقصان أرضه فيها أنه يكون قد صرف ثلاث كيلات لزمه أن يتصدق بالكيلة الرابعة التي تزيد على ذلك.

أما عند الإمام أبي يوسف فلا يلزم التصدق بتلك الزيادة. لأن الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لأن ما ضمن من الفائت يملك بأداء الضمان والمضمونات تملك بإداء الضمان عندنا مستنداً إلى وقت وجود السبب وهو الغصب فتبين أنه حدث في ملكه إذ الخراج بالضمان (الطحطاوي، الهداية، العيني).

الصورة الثانية، أن تكون المزروعات ظاهرة أي نابتة لم تدرك بعد. لصاحب الأرض في هذه الصورة القلع مع تضمين نقصان الأرض واسترداده الأرض أيضاً. وليس للغاصب في هذه الصورة أن يبقي زرعه إلى إدراكه بدون رضا المغصوب منه على أن يعطي أجر المثل أي لا يقاس هذا الخصوص على الأحكام المذكورة في المادة (٥٢٦) وشرح المادة (٨٣٢) (الطحطاوي).

وحصول النقصان في الأرض في هذه الصورة ناشئ عن ضعف الأرض عن إعطائها **محصولاً** في تلك السنة بسبب قلع الزرع قبل الإدراك (رد المحتار).

الصورة الثالثة، كون البذار لم ينبت. وفي هذه الصورة أما أن يصبر صاحب الأرض إلى أن ينبت البذار، ومن ثم ترى المعاملة على وجه الصورة الثانية أو يصبر إلى أن يدرك المحصول ثم يسترد أرضه أي تجري المعاملة على الصورة الأولى، أو يضمن له بذاره مبذوراً في أرض الغير ويبقى البذار له.

ويعطي صاحب الأرض قيمة بذار الغاصب مبذوراً في أرض الغير ويتملك الزرع، وعلى هذه الحال إذا أدرك الزرع كانت حاصلاته له وذلك بأن تقوم الأرض غير مبذورة ومبذورة فيضمن فضل ما بينهما (الهندية في الباب العاشر).

غير أن الإمام أبا يوسف قد ذهب إلى أنه إذا أعطى صاحب الأرض مثل البذار الذي بذره الغاصب بقي البذار المبذور لصاحب الأرض والقول المفتي به هو الأول أي إعطاء قيمته مبذوراً وقد أفتى في البهجة على هذا الوجه أيضاً. إلا أنه قد بين في الدر المنتقي أن المختار هو قول أبي يوسف وأن المناسب الحكم والعمل بموجب مذهب هذا الإمام والقول الثاني هو المختار فهما قولان مصححان (الطحطاوي).

والمراد بالأرض هنا كما ذكر في أثناء الشرح الأرض التي لا تكون عائدة إلى الوقف أو الى الصبي اليتيم. أما إذا كانت الأرض عائدة إليهما، فيلزم الحكم بالأنفع للوقف واليتيم من نقصان الأرض وأجر المثل على ما هو موضح في شرح كتاب الإجارة.

فلو غصب الغاصب دار الوقف أو الصبي اليتيم واستعملها لزمه ضمان الأكثر من أجر المثل ونقصان السكنى. أنظر شرح المادة (٥٩٦) (المجموعة الجديدة).

وقد ذكر في شرح المادة المذكورة آنفاً الحكم فيما إذا كانت الأرض معدة للإستغلال.

كذلك لو زرع أحد الأرض المملوكة والمشتركة بينه وبين آخر مستقلاً بلا إذن الشريك الحاضر وأخذ محصولاتها عند إدراكها وترتب نقصان على زراعته فللشريك عند أخذه حصته في الأرض أي استرداده اياها تضمينه حصته من نقصان الأرض المترتب على زراعته اياها، وليس له طلب حصته من الحاصلات كالنصف والربع حسب عرف البلد والإشتراك معه بالمحصول (البهجة).

أما إذا نبت الزرع ولم يدرك بعد وطلب صاحب الحصة قلع الزرع تقسم العرصة ويقلع المقدار الباقي في حصته ويضمته نقصان الأرض.

كذلك لو باع أحد الشركاء العرصة المشتركة بدون إذن شريكه من آخر وزرعها المشتري ولم يجز الشريك البيع المذكور فله عند أخذه حصته تضمين المشتري نقصان الأرض أيضاً (النتيجة). أما إذا لم يترتب على هذه الزراعة نقصان في الأرض فلا يلزم ضمان (التنقيح).

وإذا لم ينبت الزرع أصلاً لا يجوز للشريك أن يعطي نصف البذار لذلك الشخص وأن يكون الزرع مشتركاً بينهما حينئذ. أنظر المادة (٢٠٥) أما إذا نبت الزرع فتجوز هذه المعاملة (رد المحتار).

قيل، بلا إذن، لأنه إذا كان بالإذن فيكون هذا الإذن أما إجارة أو إعارة أو مهاياة. وكما مرت الإجارة في كتاب الإجارة والإعارة في كتاب الأمانات فستأتي المهاياة في كتاب الشركة.

قيل الحاضر، لأن حكم الشريك إذا كان غائباً سيأتي في المادة (١٠٨٥).

وقد أشير بقوله غصباً في الفقرة الأولى من المجلة إلى مسألتين:

المسألة الأولى، هو أن يهيئ صاحب الأرض تلك الأرض ويعدها ليزرعها آخر بحصة معلومة من الحاصلات على طريق المزارعة يعني أن يزرع صاحب الأرض بالذات بل يعطيها للغير بحصة معلومة شائعة من الحاصلات فإذا كانت هذه الكيفية معروفة لدى أهالي الناحية التي فيها الأرض فبما أن زراعة ذلك الشخص الأرض المذكورة تحمل على المزراعة يلزم ذلك الشخص أن يعطي صاحب الأرض الحصة المعروفة. لأن المعروف بين الناس كالمشروط بينهم. أنظر المادة (٤٣). وإنما ينظر إلى العادة إذا لم يعلم أنه زرعها غصباً بأن أقر الزارع عند الزرع أنه إنما يزرعها لنفسه لا على المزارعة أو لأن الرجل ممن لا يأخذ الأرض مزارعة ويأنف من ذلك يكون غاصباً ويكون الخارج له وعليه نقصان الأرض (الطحطاوي).

المسألة الثانية، إن يعدها ويهيئها صاحبها للإيجار أي أن تكون معدة للاستغلال. يلزم أجر المثل من يزرع هذه الأرض ولا يكون الزارع في هذه المسألة الثانية غاصباً كما لا يكون مزارعاً. أنظر المادة (٥٩٦) (التنقيح، الطحطاوي، رد المحتار، الهندية في الباب العاشر).

﴿المادة ٩٠٨﴾-(إذا كرب أحد أرض آخر غصباً ثم استردها صاحبها فليس للغاصب مطالبة اجرة في مقابلة الكراب).

إذا أحدث الغاصب في الأرض المغصوبة زيـادة، ولم تكن الزيـادة متقومـة فلصاحب الأرض استرداد أرضه بلا شيء (البهجة) والزيادة غير المتقومة هي كالكراب وحفر النهر والزبل.

فعليه لو كرب أحد أرض آخر غصباً ليزرعها لنفسه فليس للغاصب مطالبة اجرة مقابل الكراب عند أخذه الأرض أي عند استرداد صاحب الأرض اياها قبل الزراعة وحتى إنه لو أراد صاحبها أن يزرع فيها فليس لذلك الشخص منعه من ذلك.

كذلك لو زبل الغاصب الأرض المغصوبة وأصبح الزبل في حكم المستهلك لاختلاط التراب يستردها صاحبها بلا شيء أي ليس للغاصب أن يأخذ اجرة مقابل الزبل (البهجة).

أما إذا كانت تلك الزيادة متقومة فلا يبطل حق الغاصب في تلك الزيادة. فلو أنشأ الغاصب في الأرض المغصوبة أبنية وكان قلعها يضر بالأرض لزم المغصوب منه إعطاء الغاصب قيمة الأبنية مستحقة القلع أنظر المادة (٩٠٦) وشرحها.

﴿المادة ٩٠٩﴾ لو شغل أحد عرصة آخر بوضع كناسة أو غيرها فيها يجبر على رفع ما وضعه وتخلية العرصة.

أنظر المادة (٢٠) علي أفندي.

إيضاح القيود:

١ ـ وضعه، هذا القيد ليس احترازياً. فلو انهدم حائط أحد على عرصة آخر وشغل العرصة فللجار أن يجعل الحائط يرفع أنقاضه (علي أفندي).

٢ ـ عرصة آخر، هذا التعبير ليس احترازياً. والحكم في الدار والحانوت على هذا المنوال أيضاً. فلو شغل أحد دار آخر أو حانوته بوضعه أمتعته فيها يجبر على رفع الأمتعة التي وضعها وتخلية الدار أو الحانوت.

نذكر المسائل الآتية لكونها من قبيل هذه المادة:

المسألة الأولى، لو ألقى أحد تغلباً في جدول الماء المختص بطاحونة آخر تراباً فملأ بعض مواضعه به فلصاحب الطاحونة أن يجعل المتغلب بدفع ذلك التراب الذي ألقاه (علي أفندي والخيرية في الغصب).

المسألة الثانية، إزالة وتطهير الغبار والتراب والكناسة المتراكمة في مدة الإجارة على المستأجر. أنظر المادة (٥٣٢).

المسألة الثالثة، إذا القى أحد الكناسة على باب دار آخر الواقع على الطريق العام فلصاحب الباب أن يمنع من ذلك إذا كان يلحقه ضرر (علي أفندي).

المسألة الرابعة، إذا كوم أحد تراباً في موضع من عرصته المملوكة متصل بحائط جاره وكان ذلك مما يضربه فلذلك الجار أن يدفع الضرر (علي أفندي).

المسألة الخامسة، لو ألقى أحد في بئر آخر نجاسة فتنجست البئر ضمن الملقي النقصان العارض

لها بسبب ذلك. ولا يحكم عليه بتطهيرها بنزح مائها. غير أنه يجبر من نزح البئر إذا كانت عامة «رد المحتار».

المسألة السادسة، لو دفن أحد ميته في القبر الذي حفره آخر وكانت الأرض ملكاً لمن حفر القبر، ينبش القبر وتخرج الجثة. وإذا كانت الأرض واحة أو كانت موقوفة على دفن الموتى فلا تخرج ويضمن الشخص الدافن للحافر قيمة حفره (البزازية).

المسألة السابعة، لو دفن أحد ميته في الأرض المملوكة لآخر أو في العرصة الموقوفة على غير دفن الموتى ينبش القبر ويخرج الميت بطلب المالك أو المتولي ويسوى ظهرها. ، وتمكن زراعتها إذا كانت ملكاً (الدر المختار، الطحطاوي).

ولا يخرج الميت بعد دفنه من غير عذر طالت مدة دفنه أو قصرت لأن كثيراً من الصحابة دفنوا بأرض الحرب ولم يخرجوا ليحولوا (الطحطاوي). ويجوز بالعذر كأن تظهر الأرض مغصوبة أو أخذها الشفيع بالشفعة.

المسألة الثامنة، إذا هلكت دابة أحد في اصطبل آخر فإن كان لجلدها قيمة لزم ذلك الشخص (أي صاحبها) إخراجها من الإصطبل لأنها تشغل ملك أحد وهي لغيره. وإذا لم تكن له قيمة يخرجها صاحب الإصطبل. طائر رجل مات في بئر غيره فإخراج الطير على صاحب الطير وليس عليه نزح الماء (الهندية في الباب الرابع عشر).

المسألة التاسعة، إذا دخلت دابة أحد دار آخر فعلى ذلك الشخص إخراجها، لأنها ملكه وشغلت دار غيره (الهندية من المحل المذكور).

الفصل الثالث
في بيان حكم غاصب الغاصب

وحكم غاصب الغاصب هكذا أيضاً. فلو غصب أحد مال آخر فغصبه منه شخص آخر أيضاً وغصبه من هذا آخر غيره كان المغصوب منه مخيراً. إن شاء ضمن الغاصب الأول وإن شاء الثاني أو الثالث، ويجري سائر أحكام غاصب الغاصب في هذا الغصب أيضاً. وعليه فقد اكتفت المجلة بذكر مرتبة واحدة لغاصب الغاصب.

﴿مادة ٩١٠﴾ ـ «غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب فإذا غصب من الغاصب المال المغصوب شخص آخر وأتلفه أو تلف في يده فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني وله أن يضمن مقداراً منه الأول والمقدار الآخر الثاني. وبتقدير تضمينه الغاصب الأول فهو يرجع على الثاني وأما إذا ضمنه الثاني فليس للثاني أن يرجع على الأول».

إن غاصب الغاصب من حيث ترتب الإثم والضمان هو في حكم الغاصب نفسه. أي كما أن الغاصب مسؤول تجاه المغصوب منه من أجل الغصب فغاصب الغاصب مسؤول أيضاً تجاه المغصوب منه على ذلك الوجه، فضلاً عن أنه مسئول ومؤاخذ تجاه الغاصب الأول.

الفرق بين ضمان الغاصب وغاصب الغاصب:

لكن يوجد فرق بين هذين الضمانين، وهو أنه إذا كان المغصوب من القيميات وأراد المغصوب منه تضمين قيمته الغاصب الأول ضمنه بمقتضى المادة (٨٩١) قيمته في زمان الغصب ومكانه.

أما إذا أراد تضمين الغاصب الثاني ضمنه قيمته وقت غصبه اياه من الغاصب وقبضه منه. ولا يضمن قيمته وقت غصب وقبض الغاصب الأول اياه. وقد صار إيضاح ذلك في شرح المادة (٩٠٣).

مثلاً لوغصب الغاصب مالاً في محرم وهو يساوي مائة قرش فباعه من آخر في صفر وسلمه اياه وهو يساوي خمسين قرشاً فيكون ذلك الشخص غاصباً للغاصب ويكون المالك مخيراً إذا تلف المال في يده إن شاء ضمن الغاصب الأول قيمته وقت الغصب يعني خمسمائة قرش وعلى هذا التقدير يكون البيع جائزاً والثمن للغاصب. وإن شاء ضمن المشتري خمسين قرشاً. وبهذا التقدير يكون البيع باطلاً ويسترد المشتري الثمن الذي أعطاه للغاصب، وليس له طلب قيمته. وقد وضحت مسألة البيع هذه في شرح المادة (٩٠) (الهندية).

كذلك لو اغتصب أحد فرساً لآخر يساوي ألف قرش فصعد قيمتها وهي في يد الغاصب إلى ألفي قرش فأتلفها آخر حينئذ كان المالك مخيراً إن شاء ضمن الغاصب ألف قرش قيمتها يوم الغصب وفي هذه

الصورة للغاصب أن يضمن المتلف ألفي قرش. لكن الألف الزائدة يتصدق بها لأنها غير حلال للطرفين وإن شاء ضمن المتلف ألفي قرش قيمتها وقت الإتلاف (الهندية في أواخر الباب الثاني من الغصب).

بناءً عليه لو غصب شخص المال المغصوب من الغاصب وأتلفه أو تلف في يده بتعديه أو بلا تعديه أو ضاع كان المغصوب منه مخيراً إن شاء ضمن الغاصب الأول بدله يوم أخذه من المغصوب منه وفي محله تماماً وإن شاء ضمن الغاصب الثاني بدله يوم أخذه من الغاصب الأول وفي محله تماماً أيضاً.

وإذا أراد المغصوب منه تضمين الغاصب الثاني فليس له الامتناع عن تأدية بدل الضمان بقوله أقم دعواك على الغاصب الأول (البهجة) وإن شاء ضمن مقدار من قيمة المغصوب أو مثله أي إن شاء ضمن الغاصب الأول قليلاً من البدل يوم ومكان الغصب وضمن المقدار الباقي أي ضمن الغاصب الثاني بدله يوم ومكان غصب الغاصب الثاني اياه حتى أنه لو كان لغاصب الغاصب في ذمة المغصوب منه مال من جنس المال المغصوب كان المغصوب منه مخيراً. إن شاء ضمن الغاصب الأول وإن شاء ضمن الغاصب الثاني. لأن كليهما غاصبان، فإذا ضمن الغاصب الأول لا يبرأ المغصوب منه من دين الغاصب الثاني، أما إذا ضمن الغاصب الثاني وقع التقاص الجبري بدينه وبرئ الغاصب الأول (الخانية).

ايضاح القيود:

١ ـ بالغصب، لو أخذ أحد المال المغصوب من الغاصب على أن يرده إلى المغصوب منه كان ذلك غاصباً للغاصب (التنقيح، البزازية، رد المحتار).

٢ ـ الإتلاف، والتلف، هذان القيدان ليسا احترازيين. فلو أحدث شخص غير الغاصب شيئاً من النقصان في قيمة المغصوب كان صاحب المال مخيراً. إن شاء ضمن الجاني أي ضمن ذلك الشخص وليس للشخص المذكور الرجوع على أحد وإن شاء ضمن الغاصب وهو يرجع أيضاً على الجاني.

مثال للإتلاف: إذا ركب أحد على ظهر دابة غيره فلم يحركها ولم يحولها من الموضع الموجودة فيه ولم يترتب ضرر ما على ذلك وجحدها على صاحبها أو امتنع عن تسليمها لدى طلبه اياها فجاء أحد ما وعقرها فلصاحب الدابة تضمين من شاء من الراكب والعاقر (الخانية).

كذلك إذا كان المال المغصوب موجوداً في يد غاصب الغاصب عيناً فللمغصوب منه أن يدعيه على غاصب الغاصب. ولا يشترط حضور الغاصب في هذه الدعوى. يعني للمغصوب منه أن يدعي على غاصب الغاصب بقوله أن هذا المال هو ملكي وقد غصبه فلان الغائب وأنت غصبته منه (الفيضية).

إذا كان المال المغصوب موجوداً في يد غاصب الغاصب فلصاحب المال أن يدعي على الغاصب ببدله كما هو مصرح في المادة (١٧٣٥).

تضمين الآخر بعد اختيار تضمين واحد من الغاصب أو غاصب الغاصب:

٣ ـ إن شاء، وعليه إذا أخذ المغصوب منه بدل المغصوب من واحد من الغاصب الأول والغاصب الثاني كان الآخر بريئاً. وليس له أخذ شيء من الغاصب الآخر بعد ذلك بناءً على المادة (٦٥١).

ولذلك ليس للمغصوب منه بعد أن يستحصل حكماً على أحدهما أن يترك المحكوم عليه ويدعي على الآخر (الأنقروي).

كالقبض بالتراضي القضاء لقيمة (رد المحتار). وإذا ضمن المالك أحدهما إما المالك أو غاصب الغاصب أو مودعه بريء الآخر من الضمان (الهندية في الباب الثاني عشر).

أما الطرفان فقد ذهبا إلى أنه إذا اختار المغصوب منه تضمين واحد من الغاصب وغاصب الغاصب دون تضمين الآخر منهما سقط حقه في تضمين الآخر أو بعبارة أخرى بريء هذا الآخر من الضمان قبل أن يقبض من الأول ويلحق ذلك حكم الحاكم.

مثلاً إذا اختار المغصوب منه أن يضمن الغاصب الأول كل المغصوب ووافق الآخر على ذلك بريء الغاصب الثاني بالكلية وإذا اختار تضمين الغاصب الأول نصف المغصوب ووافق الآخر على ذلك بريء الغاصب الثاني من هذا النصف فقط.

وعليه لو توفي الغاصب الأول مفلساً أو صار معدماً ولا يمكن استيفاؤه منه فليس للمغصوب منه مؤاخذة الغاصب الثاني لأن تضمين الكل تمليك الضامن المغصوب كله وليس للمغصوب منه بعدئذ تمليك غيره اياه كما أن تضمين البعض تمليك ذلك البعض أيضاً وليس له تمليك آخر اياه أما البعض الآخر فله تمليكه، (رد المحتار، البزازية).

أما عند الإمام الثاني فلا يحرم هذا الاختيار والموافقة المغصوب منه من حق تضمين الآخر (رد المحتار، الطحطاوي، الهندية في الباب الثاني عشرة).

ولم يرد في المجلة دليل على ترجيحها أحد المذهبين والمرجح عند الفقهاء هو المذهب الأول.

استثناء: تستثنى ثلاث مسائل من هذا الاختيار الذي جعل في المجلة للمغصوب منه:

المسألة الأولى: مال الوقف، إذا كان المغصوب مال وقف يجب تضمين من كان تضمينه من الغاصب الأول والغاصب الثاني أنفع للوقف.

مثلاً لو غصب أحد مال الوقف في محرم وقيمته خمسون قرشاً ثم غصبه أحد من ذلك الشخص في صفر وقيمته مائة قرش فإذا كان الغاصب الثاني مليئاً وغنياً فكما أن تضمينه أنفع للوقف بتضمينه مائة قرش فهو أنفع للموقوف له أيضاً. وعليه يلزم تضمين الشخص المذكور. أما إذا كان الغاصب الأول أملأ من الغاصب الثاني كان المتولي مخيراً. إن شاء ضمن الغاصب الأول خمسين قرشاً وإن شاء ضمن الثاني مائة قرش لأن تضمين الغاصب الأول أنفع للوقف وتضمين الغاصب الثاني أنفع للموقوف له (رد المحتار). أنظر المادة (٥٨).

المسألة الثانية، لو صب أحد ماء على بيدر قمح لآخر فأورثه ذلك نقصاناً في القيمة وبعد ذلك صب شخص آخر الماء على البيدر المذكور فازداد نقصان قيمته كان الغاصب الأول بريئاً من الضمان. ويضمن الغاصب الثاني قيمته يوم صبه الماء عليه. لأن المالك لا يمكنه إرجاعه إلى حالته الأولى أي ارجاعه الى حالته عند صب الغاصب الأول الماء عليه (رد المحتار).

المسألة الثالثة، لوهشم أحد ابريقاً لآخر مصنوعاً من الفضة وبعد ذلك هشمه شخص آخر أيضاً بريء الأول من الضمان ويضمن الثاني حصراً (رد المحتار).

٣ ـ تضمين، قد بين في شرح الفقرة الأولى أن بين تضمين الغاصب وبين تضمين غاصب الغاصب فرقاً.

٤ ـ مقداره، بما أن لفظ المقدار قد ذكر مطلقاً يشمل المقادير كلها كالنصف والثلث والربع.

وإذا ضمن الغاصب الأول فبما أنه قد صار مالكاً بطريق الإستناد (على ما هو مذكور في شرح المادة (٨٩١) رجع على الغاصب الثاني أيضاً كذلك لو غصب إثنان ثوراً واستهلكاه فلصاحب المال أن يضمن أحدهما اياه. وعلى هذا الحال فللضامن أن يرجع على الآخر بنصفه (أسيرية في الغصب).

راجع في شرح المادة (٨٩١) مسألة إذا قال الغاصب في إقراره. . .

أما إذا ضمن الغاصب الثاني فليس للغاصب المذكور الرجوع على الغاصب الأول أي أن قرار الضمان يكون على الغاصب الثاني (البزازية).

كذلك إذا كان لأحد حنطة صيفية في مكان وحنطة شتوية في آخر فقال ذلك الشخص لأخيه: (اعط حراثي حنطة شتوية) فأعطى أخوه الحراث خطأ حنطة صيفية ثم أرسل ذلك الشخص ابنه مع الحراث لنقل الحنطة المذكورة إلى المزرعة ونقل المذكوران الحنطة وزرعها الحراث ولم تنبت ثم تبين أنها صيفية فلذلك الشخص إن شاء تضمين أخيه الذي هو الغاصب وإن شاء ضمن ابنه أو حراثه الذي هو غاصب الغاصب. تستخرج مسائل كثيرة من هذه المسألة (الأنقروي).

أما تصرفات الغاصب في المغصوب بالعقود الستة: البيع، والإيجار، والهبة، والصدقة، والرهن، والإيداع، وإعارة الغاصب المغصوب لآخر فعلى الوجه الآتي:

ـ البيع: لو باع الغاصب المال المغصوب من آخر وسلمه اياه وكان بعد ذلك موجوداً في يد المشتري عيناً كان المغصوب منه مخيراً إن شاء أجاز البيع وأخذ ثمن المبيع بشرط أن تكون شرائط الإجازة موجودة، ولا يمنع تلف ثمن المبيع الإجازة. فإذا أجاز المغصوب منه بعد تلف الثمن جاز أيضاً ويكون ثمن المغصوب قد تلف ملكاً للمغصوب منه. اعتباراً للإجازة في الإنتهاء بالاذن في الإبتداء (الهندية في الباب الرابع عشر).

وإن شاء فسخ البيع واسترده من المشتري عيناً. وإن شاء ضمنه بدله لاستهلاكه اياه بالبيع والتسليم أنظر المادة (١٦٣٥). أما إذا تلف المبيع المغصوب في يد المشتري كان صاحب المال مخيراً. إن شاء ضمن قيمته يوم الغصب وعلى هذا التقدير يكون المبيع السابق جائز، ويملك الغاصب ثمن المبيع، لأن الغاصب يملك كما ذكر في شرح المادة (٨٩١) المال المغصوب في تلك الحال بطريق الإستناد وإن شاء ضمن قيمته يوم القبض وعلى هذا التقدير يكون البيع باطلاً ويسترد المشتري العقود التي أعطاها للغاصب.

وليس للمشتري أن يطلب الزيادة من الغاصب فيما لو ضمن للمغصوب منه مبلغاً أكثر من الثمن (البزازية والتنقيح). أما بيع الغاصب بدون تسليم فلا يوجب ذلك الضمان على المشتري (البزازية في الباب الثاني عشر).

إن حق إجازة البيع وحق أخذ الثمن عائدان إلى المغصوب منه. ولا يملك الغاصب هذين الحقين. فعليه لو باع غاصب الغاصب المال المغصوب من آخر وأخذ ثمن المبيع فأجاز الغاصب الأول البيع فلا حق له في أخذ الثمن المذكور. لأن الغاصب الأول غير مالك وغير نائب للمالك فلا حق له في إجازة البيع (الهندية في الباب الثاني عشر).

فائدة: هل يشترط في إجازة الغاصب وجود الإجازة قبل المخاصمة؟

إن المخاصمة والادعاء اللذين يكونان من طرف المغصوب منه على ما ذكر في المسألة الحادية عشرة موجبان لفسخ القعد بعض الروايا وهما على بعض الروايات الأخرى غير موجبين لذلك. وإن كان يشترط بالنظر إلى الرواية الأولى وقوع الإجازة قبل المخاصمة فلا يشترط ذلك على الرواية الثانية وهذا ظاهر الرواية (الهندية في الباب الرابع عشر من الغصب). ويستفاد من الإيضاحات في المادة المذكورة (٦٣٨) ان هذه المادة قد قبلت ظاهر الرواية.

٢ ـ إيجار: إذا آجر الغاصب المال المغصوب من آخر وكان المأجور في يد المستأجر عيناً كان المغصوب منه مخيراً. إن شاء أجاز، ان كانت شرائط الإجازة موجودة، وأخذ بدل الإيجار. أنظر المادة (٤٤٧). وإن شاء فسخ الإجارة واسترد المأجور من المستأجر. أنظر المادة (٩٦). «وهل يمكن تضمين الغاصب توفيقاً للمادة (١٦٣٥) قيمة المغصوب بعده مستهلكاً بإيجاره لآخر وتسليمه اياه كما في البيع والهبة؟ وإذا تلف المأجور كان المغصوب منه مخيراً. إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم غصبه. وعلى هذا التقدير ليس للغاصب الرجوع على المستأجر. إلا إذا كان تلف المأجور بتعدي المستأجر أو تقصيره أنظر المواد (٦٠٠ و ٦٠١ و ٦٠٢). وإن شاء ضمن المستأجر قيمته يوم قبضه. وعلى هذا التقدير ينظر فإذا لم يكن المستأجر عالماً بأن المؤجر غاصب كان له الرجوع بالشيء الذي ضمنه على مؤجره. ووجود حق المراجعة على هذا الوجه لا يخالف قول المجلة (ليس للغاصب الثاني الرجوع على الأول) لأن رجوع المستأجر بسبب ضمان التغرير وليس بسبب ضمان الغصب. وإذا كان عالماً بأن المؤجر غاصب فليس له الرجوع. أنظر المادة (٦٥٨) وشرحها (الأنقروي، وأبو السعود).

٣ ـ الهبة والصدقة: لو وهب الغاصب المغصوب لآخر وسلمه اياه فإذا كان موجوداً في يد ذلك الشخص عيناً كان المغصوب منه مخيراً إن شاء أجاز الهبة والتسليم وإن شاء فسخ الهبة واسترده من الموهوب له. وإن شاء ضمن بدله للغاصب باعتبار أن تسليمه لآخر استهلاك بمقتضى المادة (١٦٣٥) (الهندية في الباب الحادي عشر من الهبة).

وإذا تلف في يد الموهوب له كان المغصوب منه مخيراً. إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن الموهوب له فإن ضمن الموهوب له فليس له الرجوع ببدل الضمان على الغاصب. لأن قبض ذلك الشخص المال المذكور قد كان لنفسه. أنظر شرح المادة (٦٥٨) **(رد المحتار)**.

والحكم في الصدقة على هذا المنوال أيضاً.

٤ ـ الرهن: إذا رهن الغاصب المال المغصوب مقابل دينه عند آخر كان ذلك الآخر غاصباً للغاصب وإذا كان المال المغصوب موجوداً في يد ذلك الشخص كان المغصوب منه مخيراً إن شاء أجاز الرهن. وفي هذه الصورة يكون الرهن الواقع رهناً مستعاراً وإن شاء استرد المرهون من المرتهن. (وهل يلزم تضمين الغاصب أيضاً بمقتضى المادة (١٦٣٥) بعد استهلاكه المغصوب برهنه عند آخر وتسليمه اياه؟) وإذا تلف الرهن في يد المرتهن تجري الأحكام المذكورة في هذه المادة. لأن قبض ذلك الشخص المرهون هو للغاصب.

مثلاً لو أخذ أحد خاتماً لآخر تغلباً ورهنه عند دائنه بلا إذن المالك وبعد أن رهنه عند دائنه ضاع من يد الدائن أو تلف قبل إجازة المالك صاحب الخاتم، فله تضمين ذلك الشخص فقط أو تضمين الدائن فقط أو تضمينهما اياه مناصفة. وإذا ضمن الغاصب فليس له الرجوع على الدائن (البهجة).

وتلف الرهن موجب لسقوط الدين. وإذا ضمن الدائن يعني المرتهن فله الرجوع على غاصبه ما لم يكن قد اتلف المرتهن ذلك الخاتم بتعديه وتقصيره فليس له حينئذ الرجوع على الغاصب. لكن امكان رجوع المرتهن على الغاصب فيما إذا لم يكن عالماً بأن الراهن غاصب والمرهون مغصوب. أما إذا كان عالماً بذلك وارتهن فليس له رجوع (الأنقروي).

٥ ـ إيداع: لو أودع الغاصب عند آخر المال المغصوب وكان المغصوب بعد الإيداع موجوداً في يد المستودع كان المغصوب منه مخيراً. إن شاء اجاز الإيداع. وفي هذه الحال يخرج الغاصب من الوسط. وإن شاء لم يجز واسترده من المستودع. وهل يكون له تضمين الغاصب قيمة المال المغصوب يوم غصبه بعده مستهلكاً المغصوب بإيداعه عند آخر وتسليمه اياه توفيقاً للمادة (٦٣٥). وإذا تلف في يد المستودع فلصاحب المال تضمين من شاء من الغاصب والمستودع. فإذا ضمن المستودع فله الرجوع على الغاصب. وإذا ضمن الغاصب فليس له الرجوع على المستودع أنظر شرح المادة (٦٥٨) (رد المحتار) إلا أنه إذا تعدى المستودع كأن أتلف تلك الوديعة وضمن الغاصب فللغاصب الرجوع على ذلك الشخص (البزازية). أنظر المادة (٧٨٧).

٦ ـ الإعارة: لو أعار الغاصب المال المغصوب لآخر وسلمه اياه وكان المغصوب موجوداً في يد المستعير. فالمغصوب منه مخير. إن شاء أجاز الإعارة. وفي هذه الحال يخرج الغاصب من الوسط. وإن شاء لم يجز واسترده من المستعير. وله تضمين بدل المال المغصوب يوم عصبه بناء على المادة (١٦٣٥) بعده مستهلكاً بإعارته وتسليمه. وإذا ضمن المستعير فليس له الرجوع على الغاصب. لأن قبض ذلك الشخص هو لنفسه (رد المحتار). كذلك إذا ضمن الغاصب فليس للغاصب الرجوع على المستعير. أنظر شرح المادة (٦٥٨). غير أنه إذا تلف بالتعدي كما لو أتلفه المستعير ففي هذه الصورة يكون قرار الضمان على المستعير يعني إذا ضمن صاحب المال الغاصب فله الرجوع على المستعير أيضاً (البزازية) أنظر المادة (٨١٤).

﴿مادة ٩١١﴾ ـ (إذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأول يبرأ وحده وإذا رده إلى المغصوب منه يبرأ هو والأول).

أي إذا رد غاصب الغاصب أي الغاصب الثاني المال المغصوب للغاصب الأول عيناً أو بدلاً يبرأ، لأن الغاصب الثاني يكون برده المال المغصوب للغاصب الأول قد فسخ فعله. ولا يكون المغصوب منه بعد ذلك مخيراً حسب المادة السابقة وله تضمين الغاصب الأول حصراً (البهجة). لكن لا يثبت هذا الرد بمجرد قول غاصب الغاصب. بل يلزم تحقيقه على الوجوه الآتية:

أولاً، بالشهود الذين يقيمهم هذا. ثانياً، بنكول الغاصب الأول عن اليمين.

مثلاً لو أودع الغاصب عند آخر المال المغصوب وسلمه اياه ثم استرده من الوديع وتوفي الغاصب قبل أن يرده لصاحبه فللمغصوب منه أن يطلب المال المغصوب من ورثة الغاصب. وليس له تضمين الوديع (علي أفندي).

كذلك لو اشترى أحد ثوراً من آخر وقبضه ثم رده للبائع لظهور عيب فيه فظهر مستحق فليس للمستحق المذكور تضمين المشتري الذي هو بمنزلة غاصب الغاصب. ويلزم تضمين البائع الذي هو بمنزلة الغاصب (الخيرية في الغصب).

تقسيم الرد: الرد أربعة أقسام. يكون بدلاً أو عيناً وكل منهما يكون رضاء أو قضاء.

١ ـ الرد عيناً، إذا رد الغاصب الثانى المال المغصوب للغاصب الأول عيناً يبرأ الغاصب الثاني بالإتفاق كما قد ذكرت أمثلته.

٢ ـ الرد بدلاً، إذا تلف المال المغصوب في يد الغاصب الثاني ورد الغاصب المذكور بدل المال المغصوب للغاصب الأول يبرأ غاصب الغاصب عند الإمام الأعظم والإمام محمد.

وليس للمغصوب منه بعد ذلك مؤاخذة الغاصب الثاني. لأن البدل قائم مقام العين وقد أفتى في البهجة على هذا الوجه (الأنقروي، مجمع الأنهر، البزازية) وعند أبي يوسف على رواية إذا رد الغاصب الثاني بدل المغصوب للغاصب الأول فلا يخلص من المسؤولية تجاه المغصوب منه (علي أفندي) ما لم يكن رد غاصب الغاصب البدل وإعطاؤه بحكم القاضي (البزازية) أما إذا كان المغصوب مثلياً وبعد أن استهلكه غاصب الغاصب أخذ الغاصب الأول من الغاصب الثاني نقوداً برضاه فلا يبرأ الغاصب الثاني من المسؤولية والضمان تجاه الغاصب الأول، لأن هذه المعاملة هي عبارة عن بيع حال كونه ليس للغاصب الأول غير أخذ عين المغصوب أو بدله (الأنقروي).

٣ ـ الرد رضاء، وهذا الرد ظاهر.

٤ ـ الرد قضاء، للغاصب الأول أن يطلب تضمين الغاصب الثاني المال المغصوب عيناً إذا كان موجوداً وتضمين بدله في وقت غصب الغاصب الثاني اياه إذا كان تالفاً. لأن غاصب الغاصب قد تعدى بصورة قطع يد الغاصب الأول وبقي تحت المسؤولية لضمان البدل إلا إذا علم الحاكم بكون الطالب والمدعي غاصباً لا يجبر غاصب الغاصب على رد بدل المال المغصوب للغاصب الأول وإنما يضع بدل

المغصوب في يد عدل ويحافظ عليه للمغصوب منه . أما المغصوب منه فهو بالخيار إن شاء أخذ وقبل القيمة التي أخذت من الغاصب الثاني وإن شاء لم يقبلها، وضمن الغاصب الأول قيمته في زمان غصبه اياه وليس له في هذه الحالة الرجوع على غاصب الغاصب (الهندية في الباب الثاني عشر، البزازية) .

شرط براءة الغاصب الثاني بالرد إلى الغاصب الأول :

إن براءة الغاصب الثاني برده عين المغصوب للغاصب الأول أو بدله مشروطة بشرط أن يكون قبض الغاصب الأول وإسترداده معروفين . ويثبت كون قبضه معروفاً بالبينة أو بتصديق المغصوب منه أو بحكم القاضي (رد المحتار، الطحطاوي).

أما إقرار الغاصب الأول في حق قبضه المال المغصوب من الغاصب الثاني وإن كان معتبراً في حق نفسه وحق الغاصب الثاني أي بشأن عدم مطالبة الغاصب الأول الحق من الغاصب الثاني . إلا أنه غير معتبر في حق المغصوب منه ، لأن الإقرار حجة قاصرة لأنه بقبضه دخل في ضمانه وبدعوى الرد بدفع الضمان عنه لا يصدق (رد المحتار) وكذلك الجواب فيما إذا قضى القاضي بالقيمة (الهندية في الباب الثاني عشر) . وعليه فيكون مخير المغصوب منه على الوجه المذكور في المادة (٩١٠) والحكم كذلك في مستودع الغاصب (الخانية ، تكملة رد المحتار في آخر الوديعة).

وعليه فإذا ضمن المغصوب منه الغاصب الثاني رجع الآخر على الغاصب الأول بالشيء المقبوض بموجب اقراره، وإذا ضمن المغصوب منه الغاصب الأول فليس للغاصب الأول الرجوع على الغاصب الثاني . لأنه كان قد أقر بقبضه اياه أولاً . أنظر المادة (٧٨) إلا أن غاصب المستودع مخالف في هذا الحكم لغاصب الغاصب . فلو غصب أحد الوديعة من المستودع وأقر المستودع بعد ذلك بكونه قد أعادها إليه تثبت براءة الغاصب بهذا الإقرار (الأنقروي) .

وإذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب للمغصوب منه بريء الإثنان .

وليس للمغصوب منه أن يدعي على الغاصب مرة أخرى . لأن الحق الواحد لا يستوفي من شخصين مرتين . مثلاً لو غصب أحد فرساً من آخر وغصب منه هذه الفرس آخر أيضاً ثم سرق صاحب الفرس فرسه من الغاصب الثاني ثم استرد الغاصب الثاني تلك الفرس جبراً وغلبة منه وبقي المالك عاجزاً عن مخاصمته فليس للمالك مخاصمة الغاصب الأول (البزازية) .

* * *

الباب الثاني
في بيان الإتلاف ويحتوي على أربعة فصول

الإتلاف نوعان: أولهما الإتلاف مباشرة. كضرب أحد فرس آخر. وسيأتي بعض التفصيلات في هذا في الفصل الآتي. ثانيهما، الإتلاف تسبباً كأن يحفر أحد بئراً في الطريق العام بلا إذن ولي الأمر ويسقط فيه فرس آخر فيتلف، وسيأتي في الفصل الثاني بعض المسائل المتعلقة بهذا. وقد مر تعريفاً المباشرة والتسبب في شرح المادة (٩٠).

الإتلاف مباشرة، يوجب الضمان على كل حال. ولا يشترط فيه وجود التعدي والتعمد. أما الإتلاف تسبباً فهو موجب للضمان إذا كان تعدياً أو تعمداً وإلا فلا وسيتضح ذلك من المواد الآتية. وقد بين في شرح المادة (٩٢) سبب وحكمة الفرق فيهما.

الفصل الأول
في الإتلاف مباشرة

﴿مادة ٩١٢﴾ ـ (إذا أتلف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينه قصداً أو من غير قصد يضمن وأما إذا أتلف أحد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وإن شاء ضمنه المتلف وفي هذه الصورة ليس للمتلف الرجوع على الغاصب)

إذا أتلف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينه قصداً أو من غير قصد أو أتلف بعضه فأنقص قيمته بلا إذن ولا أمر سواء أكان عالماً بكونه مالاً للغير أم ظاناً بأنه ماله يضمن. لأن المباشر ضامن ولو لم يتعمد كما هو نص المادة (٩٢).

إيضاح القيود:

١ ـ أحد، هذا التعبير احترازي إشارة إلى ان المتلف غير صاحب المال. لأنه لو أتلف صاحب المال ماله لا يلزمه شيء قضاء. ولذلك لو اتلف المشتري المبيع وهو في يد البائع على ما هو مذكور في شرح المادة (٢٩٣) فليس له أن يمتنع من إعطاء الثمن المسمى للبائع.

٢ ـ في يد أمينه، لذلك لو أتلف ماله الذي في يد الغاصب عد المتلف غاصباً للغاصب. فيلزم الضمان على المتلف والغاصب معاً كما يفهم من المادة (٩١٠).

٣ ـ أم ظاناً بأنه ماله، يفهم هذا القيد من المادة (٩١٤).

٤ ـ بلا إذن، أما إذا اتلفه بإذن صاحب المال فلا يلزم الضمان. وينقسم الإذن المذكور إلى قسمين وقد بين في شرح المادة (٨٨١) الحكم في حالة الاختلاف في الاذن.

القسم الأول، الإذن صراحة، يتفرع من هذا المسائل الآتية:

المسألة الأولى ـ لو قال أحد لآخر مزق أثوابي هذه أو القها في الماء وفعل الآخر ذلك ثم ندم القائل فليس له تضمين ذلك الشخص كما اتضح في شرح المادة (٩٥) لأنه فعل ذلك بأمر صاحب المال. إلا أنه يكون آثماً (الهندية في الباب التاسع، البزازية).

المسألة الثانية، لو أخذ أحد من حانوت الفخاري قدراً بإذنه فسقط من يده قضاء فلا يلزم الضمان لأنه بأخذه بإذنه كان أمانة.

المسألة الثالثة، لو دخل أحد غرفة آخر فقال له اجلس على هذه الوسادة فجلس عليها فكسرت آنية سمن كانت تحت الوسادة ولا يعلم بها فتمزقت الوسادة وسال ما فيها فلا يلزم ذلك الشخص ضمان (الخانية).

المسألة الرابعة، لو افسدت دابة أحد زرعاً لآخر حين إخراجها منه فإذا كانت قد أخرجت بأمر صاحب الزرع فلا يلزم صاحب الدابة شيء (الهندية في الباب الثالث).

المسألة الخامسة: لو أمرت امرأة عملة بحفر التراب الذي في البيت وإخراجه، فجاء زوجها وادعى بأنه خبأ فيه كذا مقداراً من الذهب، وأثبت الزوج تخبئته الذهب فللزوج أن يضمن العملة المال، وليس له تضمين زوجته. (الهندية في الباب التاسع من الغصب).

القسم الثاني، الإذن دلالة، يوجد فيه قاعدتان. القاعدة الأولى تثبت الاستعانة بكل أحد من الناس في كل عمل لا يتفاوت الناس فيه وتتفرع من هذا عدة مسائل:

المسألة الأولى: استأجر أحد عملة لهدم كوخه فهدم آخر ذلك الكوخ بلا إذن على الوجه المعتاد فلا يلزمه ضمان.

المسألة الثانية: لو ذبح أحد شاة لآخر لم يبق أمل في حياتها فلا يلزمه ضمان على قول استحساناً (الخانية). لكن لو أنكر صاحب المال انقطاع الأمل من حياتها لزم الذابح اثباته. فإذا لم يثبت وحلف اليمين المالك منكر الأياس بطلب الذابح يضمن الذابح قيمتها يوم الذبح. والقول قول الذابح في مقدار القيمة. أنظر المادة (٨) (الخيرية في الغاصب) والمختار للفتوى الضمان (الطحطاوي).

المسألة الثالثة: إذا ذبح أحد بدون إذن صريح الشاة التي قيدها القصاب للذبح فلا يلزم الذابح ضمان.

المسألة الرابعة: لو ذبح أحد في أيام الأضحية اضحية آخر لصاحبها فلا ضمان عليه، وتجوز تلك الأضحية لصاحبها أما إذا ذبحها في غير أيام الأضحية فلا تجوز ويكون الذابح ضامناً. (الهندية في الباب الثالث).

المسألة الخامسة، لو وضع أحد طعاماً في القدر على أن يطبخه فوضع آخر النار تحت القدر وطبخه فلا يضمن.

المسألة السادسة، لو وضع أحد الحنطة في دورقة الطاحون وربط الحمار عليها فساقه آخر وطحن الحنطة فلا يضمن.

المسألة السابعة، لو رفع أحد جرته وأمالها إلى ظهره فأعانه آخر فانكسرت الجرة بينهما .فلا يلزم الضمان.

المسألة الثامنة، لو سقط الحمل عن ظهر دابة أحد فحملها آخر بلا إذن وتلفت الدابة فلا يلزم ضمان (البزازية).

المسألة التاسعة، لو خاف الراعي موت شاة فذبحها فلا يلزمه ضمان إذا انقطع الأمل من حياتها (الخانية). لأن الإذن ثابت في هذه المسائل دلالة والدلالة يجب اعتبارها ما لم يوجد صريح بخلافها (الهندية في الباب الثالث).

القاعدة الثانية، كل عمل يتفاوت فيه الناس لا تثبت فيه الاستعانة.

مثلاً لو علق أحد حيواناً مذبوحاً للسلخ وسلخه آخر بدون إذن يضمن لأن الناس متفاوتون في السلخ أما في الذبح فلا تفاوت بينهم (جامع الفصولين).

٤ ـ كان ضامناً، يفهم من اسناد الضمان للمتلف أنه لا يلزم الضمان الآمر بغير دفع المال وتتفرع من هذا مسائل:

المسألة الأولى، لو مزق أحد ثوب آخر بأمر شخص آخر ضمن الشخص الممزق. ولا يضمن الآمر ما لم يكن مجبراً (البزازية) (نظر المادة (١٥١٠)).

المسألة الثانية، لو أخذ أحد مقداراً من مال آخر تغلباً فادعى عليه صاحب المال فليس للآخذ أن يمتنع عن الضمان وأن يجيب الغاصب على دعواه قائلاً إنني خادم عند فلان وقد أخذت المال منك بأمره وأعطيته له (البهجة).

المسألة الثالثة، لو أحرق أحد آخر بإغراء أحد يضمن المحرق. ولا يضمن المغري بمجرد إغرائه (الفيضية) لأنه لما لم يكن للمغري من ولاية على ذلك الشخص مطلقاً فأمره غير صحيح. أنظر المادة (٩٥) أما لو كان له ولاية لصح الأمر فلو طلب أحد الحيوان المشترك بين إثنين عارية من أحد الشريكين، فأمر الشريك المذكور أحداً بتسليم الحيوان لذلك المستعير لزم الآمر الضمان. لأن تسليم المأمور في هذا كتسليم نفس الآمر، كذلك لو أمر أحد به بإيقاد النار في أرضه في يوم شديد الريح تتعدى فيه النار إلى أرض جاره وأوقد الابن النار في ذلك اليوم فتعدت النار إلى أرض الجار واتلفت ماله يضمن الأب لأن الأمر صحيح فينتقل الحكم إلى الآمر.

لو قال أحد للصبي المحجور اصعد إلى هذه الشجرة واقطف لي ثمراً فصعد الصبي إلى الشجرة وسقط عنها ومات لزمت الآمر الفدية (الطحطاوي).

المسألة الرابعة، لو أمر أحد صبياً بإتلاف مال آخر فأتلفه الصبي لزم الضمان من مال الصبي. إلا أنه لما كان المأمور صبياً فله الرجوع على الآمر (رد المحتار).

المسألة الخامسة، لو أمر صبي مأذون صبياً آخر بتمزيق ثياب أحد فمزقها لزم الضمان من مال الصبي المأمور ويرجع المأمور بعد ذلك على آمره (جامع الفصولين).

المسألة السادسة، لو قال أحد لآخر خذ مال فلان فأخذه لزم الآخذ الضمان.

المسألة السابعة، لو أمر أحد ابنه البالغ بإتلاف مال آخر أو نفسه، ففعل لزم الابن الدية والضمان لأن الأمر الواقع فاسد وغير صحيح.

المسألة الثامنة، لو قال أحد للبناء افتح لي في هذا الحائط باباً مشيراً إلى حائط غيره فهدم البناء الحائط وفتح الباب ضمن صاحب الحائط البناء وليس له الرجوع ببدل الضمان على الآمر. إلا إذا كان الآمر ساكناً في الدار المحاطة بذلك الحائط واستأجر البناء بإجرة فللبناء الرجوع على الآمر بمقتضى المادة (٦٥٨) (الطحطاوي).

قد ذكر بعض المسائل التي يلزم الآمر الضمان فيها في كتاب الغصب من كتاب الدر المختار.

وسبب قوله: الآمر بغير دفع المال، هو أن المسائل المتعلقة بالآمر بدفع المال قد ذكرت في شرح المادة (٦٥٧) (الحموي).

أربعة أحكام:

بما أن هذه المادة تحتوي على أربعة أحكام فلنبادر إلى إيضاح كل منها على انفراد:

الحكم الأول، إذا اتلف أحد مال الآخر الذي في يده قصداً يضمن.

بعض المسائل المتفرعة من هذا:

المسألة الأولى، لو أراق أحد مقداراً من زيت لآخر من الظرف فأتلفه لزم الضمان، فإذا ادعى ذلك الشخص أن الزيت المذكور ليس بطاهر بل كان نجساً وادعى صاحبه بأنه قد كان طاهراً واختلفا على هذه الصورة وحلف صاحب الزيت أنه طاهر صدق ويكون المريق ضامناً (الفيضية).

المسألة الثانية، لو ساق أحد حيوان غيره الذي دخل في زرعه وضربه بالحجارة وهو يخرجه من الزرع فتلف الحيوان بسبب ذلك يضمن، أما لو أخرجه من الزرع فقط كالمعتاد فلا يلزم الضمان (التنقيح) والحكم على هذا المنوال أيضاً في إخراج حيوان الغير من زرع الغير أيضاً.

المسألة الثالثة، لو مزق أحد صك آخر وسنده يضمن قيمة السند مكتوباً على ما هو مذكور في شرح المادة (٨٠٢) ولا يضمن المبلغ الذي يحتوي عليه. كذلك لو اتلف أحد دفتر حساب لآخر يضمن قيمته ولا يضمن الأموال المحررة فيه.

المسألة الرابعة، لو أتلف أحد مالاً لآخر ظاناً أنه ماله كان ضامناً بمقتضى المادة (٩١٤).

المسألة الخامسة، لو أجر أحد ثياب آخر فمزقها يضمن حسب المادة (٩١٥).

المسألة السادسة، لو أتلف صبي مال آخر يضمن من ماله بمقتضى المادة (٩١٦).

المسألة السابعة، لو احدث أحد نقصاناً في قيمة مال لآخر يضمن بمقتضى المادة (٩١٧).

المسألة الثامنة، لو هدم أحد عقاراً بغير حق يضمن بمقتضى المادة (٩١٨).

المسألة التاسعة، إذا وقع حريق في محل فهدم أحد داراً لآخر بدون اذنه وبدون أمر من ولي الأمر يضمن حسب المادة (٩١٩).

المسألة العاشرة، لو قطع أحد الأشجار التي في أرض آخر بدون حق يضمن بمقتضى المادة (٩٢٠).

المسألة الحادية عشرة، لو أتلف اثنان مال بعضهما يكون كل منهما ضامناً مال الآخر بمقتضى المادة (٩٢١).

المسألة الثانية عشرة، لو اتلف أحد مال آخر تسبباً يضمن حسب المادة (٩٢٢).

المسألة الثالثة عشرة، لو اجفل أحد حيوان الآخر ففر وضاع يضمن بمقتضى المادة (٩٢٣).

المسألة الرابعة عشرة، لو اتلف أحد مصراعي باب لآخر أو أتلف أحد حذائيه فلصاحب الباب أو الحذاء أن يترك مصراع الباب الثاني أو فردة الحذاء الثانية للمتلف ويضمنه كلا المصراعين أو كلتا الفردتين (الخانية).

الحكم الثاني، لو اتلف أحد مال الآخر الذي في يده من غير قصد يضمن.

بعض المسائل المتفرعة من هذا:

المسألة الأولى لو دق أحد في داره شيئاً فسقط شيء في دار جاره المتصلة من جراء ذلك وتلف لزمه الضمان (الخانية).

المسألة الثانية، لو وضع أحد شيئاً في الطريق العام بعذر كما لو كان غير مقتدر على حمله فعثر به آخر فسقط وتلف من جراء ذلك يضمن العاثر الشيء المذكور. أما إذا وضعه من دون عذر فلا يضمن. لأنه لما أشغل لواضع ملك غيره فقد عد متلفاً «يتيمة الدهر».

المسألة الثالثة، لو أخذ القصار يقصر في دكانه فانهدمت دكان جاره من جراء ذلك يضمن (الحموي).

المسألة الرابعة، لو استأجر أحد البناء لهدم حائط له واقع على الطريق وبينما كان يهدم الحائط سقط حجر على أحد المارة فأضربه لزم البناء الضمان ولا يلزم المستأجر ضمان (الأنقروي).

المسألة الخامسة، لو نصب أحد هدفاً في داره وأخذ يرميه فتجاوز الهدف إلى دار جاره فأفسد فيها شيئاً وقتل نفساً يضمن (الخانية).

المسألة السادسة، لو تطايرت شرارة بينما كان الحداد يطرق الحديد فأحرقت أحد المارة يضمن الحداد. أنظر المادة (٩٢٦).

المسألة السابعة، لو تطايرت شظية من الحطب بينما كان أحد الناس يكسر حطباً في ملكه فأتلفت مال جاره يضمن.

المسألة الثامنة، لو كان في يد أحد ثلاثة ريالات فسقطت من يده - وهو ينظر إليها - على ريالات من جنسها الشخص آخر واختلطت بها ولم يمكن تمييزها كان ذلك الشخص غاصباً وضامناً لصاحب الريالات الأخرى (الخانية).

الحكم الثالث، لو أتلف أحد قصداً مالاً لآخر كان في يد أمينه كان ضامناً.

مسائل متفرعة من هذا:

المسألة الأولى، لو أخذ شخص الأشياء التي أودعها شخص آخر من مستودعها واستهلكها كان ضامناً.

المسألة الثانية، لو أتلف أجنبي المبيع الذي اشتراه المشتري وهو في يد البائع فللمشتري تضمين المتلف على ما هو موضح في شرح المادة (٢٩٣).

المسألة الثالثة، لو خلط أحد غير المستودع الدنانير المستودعة بدنانير له كان ضامناً على ما هو مذكور في المادة (٧٨٨).

المسألة الرابعة، إذا اتلف المأجور بتعدي المستأجر أو تقصيره بمخالفته لمأذونيته أو بتجاوزه إلى ما فوق على ما هو مذكور في الفصل الثاني من الباب الثامن من كتاب الإجارة. يكون ضامناً كما لو تلف المستأجر فيه بتعدي الأجير أو تقصيره على ما هو مبين في الفصل الثالث من الباب المذكور.

المسألة الخامسة، إذا تلف المبيع وفاء بتعدي المشتري على وجه المادة (٤٠١) يكون ضامناً لذلك إذا اتلف المرتهن أو غيره الرهن يكون ضامناً بمقتضى المادتين (٧٤١ و ٧٤٢).

يتفرع من هذا بعض المسائل:

المسألة الأولى، لو سقط من خادم المستودع شيء على الوديعة وتلفت يضمن الخادم. ويفهم من هذه الإيضاحات ان بعض المواد الآتية هي مسائل متفرعة من هذه المادة لا تصح اجازة الإتلاف.

القاعدة، لا تلحق الإجازة الإتلاف (الدر المحتار).

بعض المسائل المتفرعة من ذلك:

المسألة الأولى، لو أتلف أحد مالاً لآخر تعدياً وقال بعد ذلك صاحب المال أجزت أو رضيت فلا يبرأ المتلف من الضمان لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف (الأشباه). تستثنى من ذلك مسألة التصدق باللقطة قد بين ذلك في شرح المادة (٧٨٠).

وجه الاستثناء: هو ان الإذن بالتصدق باللقطة يحصل من الشارع وليس من المالك. وعليه لا يشترط في الإجازة في هذه المسألة كون اللقطة موجودة (رد المحتار).

المسألة الثانية، إذا تلف المبيع في يد المشتري الفضولي وأجاز بعد ذلك صاحب المال فلا تجوز الإجازة أنظر المادة (٣٧٨).

المسألة الثالثة، لو أقرض الدنانير المودعة عنده لآخر بغير إذن المودع واستهلكها ذلك الشخص وأجاز المودع بعد ذلك هذا الإقراض فله تضمين المقرض المبلغ المذكور لأن الإجازة غير صحيحة أنظر شرح المادة (٧٩٣).

المسألة الرابعة، لو أولم أحد الورثة وليمة وصرف فيها بعض أموال الشركة في غياب الباقين منهم وأجازوا ذلك بعد مجيئهم فإذا أرادوا تضمينه بعد ذلك فلهم تضمينه لأن الإتلاف ليس موقوفاً فتلحقه الإجازة (رد المحتار، الطحطاوي).

المسألة الخامسة، لو آجر الفضولي مالاً لآخر فأجازه صاحب المال بعد اتلاف المنافع بانقضاء مدة الإجارة فلا تجوز إجازته أنظر المادة (٤٤٧).

المسألة السادسة، لو أودع المستودع الوديعة آخر بلا إذن المودع وأجاز المودع الإيداع بعد أن تلفت

في يد المستودع الثاني فلا يصح أنظر المادة (٧٩١).

المسألة السابعة، لو قال أحد لمدين زيد اعطني العشرة دنانير التي هي دين عليك لزيد بسند وإني وإن لم أكن وكيلاً له فسيجيز فإعطاء الآخر الدنانير المذكورة فإذا كانت الدنانير موجودة في يده عيناً وأجاز زيد هذا القبض جاز أما إذا أجاز بعد تلفها فلا يجوز.

المسألة الثامنة، إذا لم يكن المضارب مأذوناً صراحة فليس له إقراض مال المضاربة لآخر وإن أقرض وأجاز المالك وهو في يد المستقرض عيناً كان جائزاً. لكن إذا أجاز بعد التلف فلا يجوز «جامع الفصولين في الفصل الرابع والعشرين».

أما لو اتلف آخر المال المغصوب الذي في يد الغاصب وليس في يد صاحب المال أو في يد أمينه وأي أن المتلف في حكم غاصب الغاصب كان المغصوب منه مخيراً على ما هو مفصل في الفصل الماضي. إن شاء ضمنه قيمته يوم الغصب ان كان من القيميات ومثله إن كان من المثليات وهو يرجع على المتلف استناداً إلى أنه قد صار مالكاً للمغصوب. وإن شاء ضمن المتلف قيمته يوم اتلافه إن كان من القيميات ومثله إن كان من المثليات وفي هذه الصورة لا يرجع المتلف على الغاصب ويكون قرار الضمان على المتلف.

﴿مادة ٩١٣﴾ - (إذا زلق أحد وسقط على مال آخر واتلفه يضمن).

أنظر المادة (٩٢). مثلاً إذا دخل أحد إلى حانوت بقال فزلقت رجله فسقط على خابية العسل فانقلبت فتلف ما فيها من العسل يضمن ذلك الشخص العسل للبقال (البهجة).

هذه المادة داخلة في المادة السابقة في حكم المثال لها كما هو مبين في شرح المادة الآنفة.

﴿مادة ٩١٤﴾ - (لو اتلف أحد مال غيره ظاناً أنه ماله يضمن).

أنظر المادة (٩٢) مثلاً لو ذبح أحد الشاة التي اشتراها ظاناً أنها للبائع وإن شراءها مشروع وظهر لها مستحق بعد أن أكلها يضمن. لأنه لا اعتبار للظن البين خطؤه بمقتضى المادة (٧٢). لكن لما كان حكم الخطأ مرفوعاً فلا يكون ذلك الشخص آثماً ومستحقاً للتعزير بسبب ذلك. كذلك قد بين في شرح المادتين «٨٩٠ و ٨٩١» إن الحكم في الغصب على هذا المنوال أيضاً.

وهذه المادة وإن كانت داخلة في المادة «٩١» كما هو مذكور في شرح المادة المذكورة. فقد ذكرت مستقلة باعتبار الظن المذكور.

﴿مادة ٩١٥﴾ - (لو جر أحد ثياب غيره وشقها يضمن قيمتها كاملة وأما لو تشبث بها وانشقت بجر صاحبها يضمن نصف القيمة. كذلك لو جلس أحد على أذيال ثياب ونهض صاحبها غير عالم بجلوس الآخر وانشقت يضمن ذلك الشخص نصف قيمتها).

لو جر أحد ثياب غيره التي يلبسها أو التي يمسكها ومزقها يضمن تمام قيمتها يعني قيمة النقصان الذي أوقعه. أي إذا تشبث أحد بثياب آخر ومزقها ولم يكن صاحب الثوب قد جرها يضمن المتشبث تمام قيمتها «الخانية في أول الغصب» لأنه إذا جرها يكون قد أتلفها مستقلاً.

وتمام قيمتها كما أشير إليه شرحاً هو بمعنى كل النقصان العارض بسبب شق الثياب وليس نصف الضرر الواقع على ما هو مبين في الفقرة التي سيأتي شرحها.

وعليه لا يكون هذا التعبير منافياً لفقرة «كذلك إذا شق الثوب الذي غصبه..» في المادة «٩٠٠».

أما لو تشبث أحد بثياب آخر المملوكة له أي أمسكها وانشقت بجر صاحبها فيضمن نصف قيمتها «الخانية» لأن التلف حاصل من مجموع فعل صاحب الثياب وفعل المتشبث وعليه يقتضي انقسام الضمان قسمين متساويين وأن يكون فعل صاحب المال هدراً وأن يضمن المتشبث نصفه حصراً.

أما لو عض أحد ذراع آخر وسحب ذلك ذراعه منه فسقطت أسنان العاض كما نزع اللحم عن ذراع المعضوض تكون أسنان العاض هدراً. ويضمن العاض ارش ذراع المعضوض.

كذلك لو جلس أحد على ذيل ثياب آخر وقام صاحب الثياب وهو لا يعلم بجلوس ذلك الشخص على ذيله وانشقت يضمن ذلك الشخص على ظاهر الرواية نصف قيمة الثياب اي يضمن نصف النقصان الطارئ على الثياب من ذلك الشق وبعبارة أخرى يضمن نصف ضمان الشق (الخانية) وقد ذكرت أسبابه الموجبة آنفاً.

وتعبير الجلوس في المجلة للاحتراز عن المسألة الآتية:

لو نشب ثوب أحد وهو مار في السوق بمفتاح حانوت فتمزق فإذا كان المفتاح في ملك صاحب الحانوت فلا يلزم صاحب الحانوت ضمان. أنظر المادة (٩١) لأن الذي جر الثوب هو صاحبه وهو الممزق وأما إذا كان قد علقه بغير حق بمحل للغير كان ضامناً (الخانية). كما يضمن غاصب حانوت غيره.

﴿مادة ٩١٦﴾ -(تلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسر ولا يضمن وليه).

لو أتلف صبي سواء أكان مميزاً أم غير مميز مأذوناً أم غير مأذون مالاً لآخر صبياً كان أو بالغاً بلا أمر من الآخر أو أحدث فيه نقصاناً ما. لزم الضمان من ماله. لأن الصبي يؤاخذ فأفعاله له بمقتضى المادة (٩٦) ولو كان محجوراً. وقد ذكر في شرح المادة (٧٧٦) بعض المسائل المتعلقة بذلك.

مثلاً لو بال صبي من فوق السطح فأفسد ثوباً لآخر لزم الضمان من ماله (جامع أحكام الصغار).

وإذا لم يكن لذلك الصبي مال ينتظر حال يسره.

كما لا يطالب المدين المعسر بالدين إلى أن يصبح ميسراً. ولا يضمن وليه أي أبوه أو وصيه مثلاً من

ماله. ولا يجبر أحد على تأدية مال الغير. ما لم يوجد سبب شرعي كالكفالة والحوالة فلا يطالب بالدين الذي تعلق بذمة أحد أبوه أو ابنه مثلاً أنظر المادة (٩٧) وفي هذه الصورة لو رمى صبي حجراً في الزقاق فكسر زجاج دار آخر فلا يضمن وليه بحجة أنه ترك حبل الصبي على غاربه.

إيضاح القيود:

«١» ماله، هذا التعبير مبني على كون المجلة تبحث في الأموال مع أن الحكم في إتلاف النفس على هذا المنوال. فتلزم دية الجناية التي يرتكبها الصغير من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسره ولا تلزم أقرباءه. والمجنون والمعتوه في هذا الحكم كالصغير «معيار العدالة».

«٢» بلا أمر الآخر، لو أتلف الصغير مالاً لآخر بأمر بالغ على ما هو موضح في شرح المادة «٩١٢» وإن كان يلزم الضمان من مال الصبي أيضاً إلا أن للصبي المذكور الرجوع على آمره ببدل الضمان.

﴿مادة ٩١٧﴾ - (لو أورث مالاً لآخر نقصاناً في قيمته يضمن ذلك النقصان).

لو أورث أحد سواء أكان صبياً أو مجنوناً أو معتوهاً أم كان عاقلاً بالغاً مال غيره نقصاناً في القيمة يضمن ذلك النقصان.

ويشير بقوله النقصان في القيمة إلى أن النقصان الباعث على الضمان ليس مجرد النقصان الحسي بل هو نقصان القيمة. فعليه لو حفر أحد في عرصة آخر حفرة يكون ضامناً إذا كانت موجبة للإضرار بالعرصة ونقصان قيمتها ويكون غير ملزم بشيء إذا لم تكن موجبة للإضرار بها «الأنقروي».

وإنما يلزم نقصان القيمة فيما إذا لم يبلغ النقصان ربع القيمة على ما هو مفهوم من المادة (٩٠٠)

أما إذا بلغ القيمة أو زاد عليه كان لصاحب المال ترك ذلك المال لذلك الشخص وتضمينه كل القيمة.

بما أن هذه المادة هي في حكم القاعدة فإليك ما يتفرع منها من المسائل.

المسألة الأولى، إذا طرأ نقصان على قيمة المغصوب باستعمال الغاصب لزم الضمان.

المسألة الثانية، لو حمل أحد حيواناً متاعاً بلا أمر المالك فجرح الحيوان وشق المالك الجرح وكان الجرح يندمل من دون نقصان يطرأ على قيمة الحيوان فلا يلزم ضمان.

أما إذا حصل نقصان بسبب الجرح فيضمن النقصان كما يضمن قيمة الحيوان كلها فيما إذا تلف بسببه.

أما إذا تلف الحيوان من ذلك الجرح ولم يطرأ نقصان على قيمته أو كان النقصان ناشئاً عن شق صاحب الحيوان الجرح فلا يلزم الضمان. وفي هذه الحال لو اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال الغاصب قد طرأ التلف أو النقصان بسبب شق الجرح وقال المغصوب منه قد تلف أو طرأ على قيمته نقصان بسبب الجرح. فالقول للغاصب منكر الضمان، أما البينة فعلى المالك (البزازية، والأنقروي).

المسألة الثالثة، لو رعف أنف إنسان بينما كان ينظر إلى زيت لتاجر بقصد الشراء فتنجس الزيت

فإذا كان ينظر إليه بإذن التاجر فلا يلزم الضمان وإلا ضمن. وعلى هذا التقدير ينظر، فإذا كان ذلك الزيت للأكل لزم ضمان مثله وإن كان لغير الأكل لزم نقصان القيمة (البزازية).

المسألة الرابعة، إذا أخذ أحد تراباً من أرض الآخر ولم يكن لذلك التراب قيمة ولكن طرأ نقصان على العرصة المذكورة بسبب ذلك لزم ضمان النقصان المذكور. أما إذا لم يطرأ نقصان فلا يلزم شيء (البزازية، الخانية).

أما إذا كان للتراب الذي أخذه قيمة فيضمن قيمته سواء طرأ نقصان على العرصة أم لم يطرأ (الفيضية).

المسألة الخامسة، لو قطع أحد أغصان شجرة لآخر فالنقصان المترتب بسبب ذلك إن كان فاحشاً يضمن قيمة الشجرة أنظر المادة (٩٠٠). وفي هذه الصورة تقوم تلك الشجرة كاملة مع فروعها المقطوعة كما تقوم بدون تلك الفروع ويكون نقصان القيمة ما بين القيمتين من التفاضل (الخانية، الهندية في الباب الرابع).

المسألة السادسة، لو فتق أحد ثياب الآخر المخيطة تقدر قيمة تلك الثياب مخيطة وقيمتها غير مخيطة ويضمن الفاتق الفضل. كذلك الحكم فيما إذا قلع أحد باب دار لآخر من محله أو بال في بئر وضوئه أو فتق خياطة سرجه وكذلك كل ما كان مؤلفاً ومركباً إذا نقص تأليفه (الأنقروي، الخانية). لو ألقى نجاسة في بئر خاصة يضمن النقصان وفي البئر العامة يؤمر بنزحها (الهندية في الباب الرابع).

المسألة السابعة، لو نقض أحد المؤلف من حصير الآخر ينظر فإذا كانت إعادته ممكنة يعاد. وإذا لم تكن ممكنة يسلم المنقوض إلى ذلك الشخص ويأخذ قيمة الحصير صحيحة والحكم على هذا المنوال في كل شيء تمكن إعادته (الخانية).

المسألة الثامنة، لو اصطدم شخص وكان ماشياً وفي يده زجاجة زيت آخر فانكسرت الزجاجة وسال الزيت على ثياب ذلك الشخص فأفسدها ينظر فإذا حصل ذلك الاصطدام من الأول يضمن ثياب الثاني وإذا حصل من الثاني يضمن زجاجة الأول وزيته.

المسألة التاسعة، لو حفر أحد في عرصته المملوكة والمتصلة بحائط جاره وأخرج بالتعدي أحجار أساس حائط جاره. ترتب نقصان من جراء ذلك في قيمة الحائط مبنياً ضمن ذلك الشخص هذا النقصان (البهجة).

المسألة العاشرة، لو أتلف أحد الجوز وهو صغير على شجره كان ضامناً نقصان قيمته. لأن تلك الجوزات وإن لم تكن لها قيمة وليست بمال حتى لا تضمن بالإتلاف إذا لم تكن على الشجرة فبإتلافها وقطعها تنقص قيمة الشجرة (الخانية). فتقوم تلك الشجرة وعليها الجوازات المذكورة كما تقوم من دونها ويضمن ذلك الشخص والفرق بين القيمتين «البزازية، الهندية في الباب الرابع).

المسألة الحادية عشرة، لو قطع أحد أشجار الآخر من أصلها تغلباً واستهلكها كان ضامناً قيمة

الأشجار قائمة «البهجة، الفيضية» لأنه أتلف عليه شجرة قائمة «الخانية».

تقوم الروضة أولاً مقطوعة الأشجار وأخرى غير مقطوعة الأشجار ويضمن ما بين القيمتين من التفاوت وإذا كانت الأشجار المقطوعة موجودة فلذلك الشخص أخذ الأشجار المقطوعة ويضمن النقصان فقط. لأنه أتلف الأشجار قائمة.

وفي هذه الحال إذا تساوت قيمة الأشجار مقطوعة وقيمتها قائمة فليس له طلب شيء لأنه لا يكون في تلك الحال قد أتلف أو أضاع شيئاً «الخانية، البزازيه».

المسألة الثانية عشرة، لو كسر أحد سيفاً لآخر قطعتين فلصاحب السيف أن يسلم قطعتي السيف لذلك الشخص ويضمنه قيمته كاملة «علي أفندي».

المسألة الثالثة عشرة، لو اتفق أحد على سجر تنوره بالقصب والحطب، ثم صب فيه آخر ماء وبرده تقوم أجرة التنور مسجوراً وغير مسجور ويضمن ذلك الشخص الفرق والتفاوت بين الأجرتين «الخانية، الهندية في الباب الرابع».

المسألة الرابعة عشرة، لو طم أحد البئر التي حفرها آخر في ملكه تقوم تلك البئر محفورة وغير محفورة ويضمن ما بين ذلك من القيمتين. أما لو ألقى مقداراً من التراب في البئر فقط فيجبر الملقي على إخراجه. قيل في ملكه، لأنه إذا حفر في الصحراء ينظر فإذا طمها قبل أن يخرج الماء فلا يلزم شيء. أما إذا طمها بعد خروج الماء فيلزم الفضل والتفاوت بين القيمتين على الوجه السابق «الهندية في الباب الرابع».

المسألة الخامسة عشرة، لو جز أحد غنم الآخر من دون إذن وعمل صوفها لبداً كان ذلك اللبد لذلك الشخص. لأن هذا اللبد قد حصل بصنع ذلك الشخص فينظر عند ذلك فإذا لم يورث جز الصوف نقصاناً في قيمة الغنم ضمن ذلك الشخص مثل الصوف.

أما إذا كان يورث نقصاناً فيخير ذلك الشخص إن شاء ضمنه مثل الصوف وإن شاء ضمنه النقصان العارض للشياه بسبب ذلك «الهندية في الباب الرابع عشر من الغصب».

﴿مادة ٩١٨﴾ - (إذا هدم أحد عقار غيره كالحانوت والدار بغير حق فصاحبه بالخيار إن شاء ترك أنقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً وإن شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الأنقاض وضمنه القيمة الباقية وأخذ هو الأنقاض. ولكن إذا بناه الغاصب كالأول يبرأ من الضمان).

لو هدم أحد عقار غيره كالحانوت والدار والجدار فلا يجبر على بنائه كالأول. لأن البناء ليس من ذوي الأمثال التي يمكن القضاء بمثلها لكن إذا كانت أنقاض العقار المهدوم موجودة فصاحبه بالخيار إن شاء ترك الأنقاض للشخص الهادم أو لورثته إن توفي وضمن الهادم إن كان حياً وضمن ورثته إن كان ميتاً قيمته مبنياً ولا يلزم ضمان قيمة العرصة لأنها موجودة (الفتاوى الجديدة، والبهجة) وإن شاء حط قيمة

الأنقاض من قيمة ذلك العقار مبنياً وضمنه القيمة الباقية وأخذ هو الأنقاض لأن ذلك البناء قائم من وجه إذ أن الأنقاض موجودة. وهالك من وجه آخر لعدم بقاء صورة البناء التأليفية فعليه إن شاء صاحبه ذهب إلى جهة القيام وضمن النقصان وإن شاء ذهب إلى جهة الهلاك وضمن قيمته (التنقيح). أما إذا استهلك انقاض العقار فلا يبقى له الخيار على الوجه المحرر ويتعين تضمينه قيمته مبنياً. لكن إذا بناه الغاصب كالأول يعني على الحال الأولى أو خيراً من الأولى برئ من الضمان سواء بناه بأنقاضه أو بمواد أخرى. أما إذا لم ينشئه كالأولى أو خيراً من الأولى بل بناه على صورة متفاوتة أو أدنى من الحال الأولى فلا يبرأ (البزازية) وفي هذه الحال إذا اتفق الطرفان على شيء وتصالحا فبها والا يضمن قيمة البناء القديم مبنياً ويهدم البناء الجديد ويأخذ أنقاضه (الشارح).

إيضاح هدم الجدار: إذا هدم أحد حائطاً لآخر كان ذلك الشخص مخيراً. إن شاء أخذ أنقاضه وضمن النقصان. ولا يجبر على بنائه كالحال الأولى. لأن الحائط ليس من المثليات (البزازية وجامع الإجارتين) لو كان في الجدار تصاوير مصبوغة يضمن قيمة الجدار والصبغ لا التصاوير لأنها محرمة إذا كانت لذي روح وإلا فيضمن قيمتها أيضاً (رد المحتار). ويعين النقصان على الوجه الآتي. تقوم الدار مرة مع هذا الجدار وتقوم أخرى بدونه فالتفاوت بين القيمتين هو النقصان (رد المحتار). وقول المجلة بغير حق للاحتراز عن الهدم بحق إذ لا يلزم الضمان بالهدم بحق وتتفرع من هذا مسألتان:

المسألة الأولى، لو أنشأ الغاصب على الأرض المغصوبة أبنية فللمغصوب منه قلعها ولا يلزمه ضمان بسبب ذلك على ما هو مذكور في شرح المادة (٩٠٦).

المسألة الثانية، لو هدم أحد دار الآخر لإطفاء الحريق بأمر ولي الأمر فلا يلزم ضمان.

المسائل التي يجبر فيها على إنشاء العقار المهدوم كالحال الأولى.

لو هدم أحد عقاراً لوقف وكانت إعادته إلى حاله السابقة ممكنة فيعاد بناؤه كما لو هدم أحد منارة مسجد في قرية أو حائطاً أو جميع المسجد واستهلك الأنقاض فللمتولي أن يلزم ذلك الشخص بإنشاء المنارة أو الحائط أو المسجد كالأول (البهجة، وجامع الإجارتين، والواقعات).

كذلك لو هدم أحد الدار الموقوفة المؤجرة له وجعل فيها تنوراً أو طاحونة ينظر الحاكم فإذا كانت اجرتها أزيد وهي تنور أو طاحونة تبقى للوقف وتؤخذ اجرتها ويكون المستأجر في هذه الحال متبرعاً بما صرفه وإذا لم تكن أزيد يحكم بإعادتها إلى حالها الأول وهدمها ويعزر المستأجر على الوجه اللازم. وحكم الإعادة في الوقف وعدم الإعادة في غيره ثابت. والفرق كما تقرر عند الفقهاء إن الإفتاء يكون بما هو أنفع للوقف ولا شبهة ان أعادته إلى حاله الأولى أنفع للوقف من البدل.

كذا لو ألقي أحد في بئر آخر نجاسة فلا يؤمر بنزحها ويضمن نقصانها. أما لو القى نجاسة في البئر التي للعامة فيؤمر بنزحها. لأن للهادم نصيباً في العامة ويتعذر تمييز نصيب غيره عن نصيبه في إيجاب الضمان بخلاف الخاصة (رد المحتار).

﴿مادة ٩١٩﴾-(لو هدم أحد داراً بلاإذن صاحبها بسبب وقوع حريق في الحي وانقطع هناك الحريق فإن كان قد هدمها بأمر ولي الأمر لا يلزم الضمان وإن كان قد هدمها بنفسه يلزم الضمان).

إذا وقع حريق في حي فهدم أحد داراً لغيره بدون إذن صاحبها لمنع سراية الحريق وقطعاً لتوسعه فانقطع الحريق في ذلك المكان فإن كان قد هدم بأمر ولي الأمر أي بأمر السلطان فلا يلزمه ضمان لأن للسلطان ولاية عامة فأمره بدفع ضرر عام صحيح مشروع ولا يشترط إذن صاحب الدار حينئذ (الهندية في الباب الرابع عشر).

فعليه إذا لم ينقطع الحريق وتعدى إلى الدار المهدومة فالحكم على هذا المنوال أيضاً. وإن هذه العبارة لا بد أن تكون في مقام عبارة (لأجل الانقطاع).

وإذا هدمها بنفسه ضمن قيمتها في ذلك الوقت أي قيمتها والحريق موجود في تلك الأنحاء لأنه يكون قد هدم ملك غيره بدون إذن مالكه. أنظر المادة (٣٣) وإلا ضمن الهادم قيمتها كاملة (البهجة والبزازية). ولا يأثم بهذا الهدم ولا يستحق تعزيراً (الهندية في الباب الرابع عشر من الغصب).

ولما كان لتلك الدار بعض القيمة لاحتمال خلاصها من الحريق فالهادم يضمن تلك القيمة لأنها تلزمه قيمتها وقت الاستهلاك.

إيضاح القيود:

١ ـ أحد، أي غير صاحب الدار. أما لو هدم الدار صاحبها وانقطع الحريق هناك فليس له أن يقول لمن خلصت دورهم أن دوركم قد خلصت بسببي فاضمنوا قيمة داري.

٢ ـ بدون إذن صاحبها، أما إذا هدمها بإذن صاحبها فلا يلزم الهادم ضمان.

٣ ـ إذا هدم، هذا تعبير احترازي، لأنه لو صعد أحد سطح دار لآخر لإطفاء الحريق فانهدمت الدار كلاً أو بعضاً بصعود فلا يضمن لأن ضرر الحريق لما كان عاماً فلكل أحد دفعه. (رد المحتار)

لو هجم جنود العدو على حدود بلاد المسلمين ودفعه أحد بسلاح لآخر وتلف السلاح أثناء ذلك فلا يلزم الشخص ضمان (الطحطاوي).

كذلك لو وقع حريق في دار الحد وهدم جاره لمنع سريان الحريق ما بينه وبين الجار من الستائر الخشبية وغيرها فليس لذلك الشخص أن يضمن جاره بحجة أنه هدم الستائر بسبب الحريق الذي وقع في دار ذلك الجار (التنقيح).

﴿مادة٩٢٠﴾- (لو قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بغير حق فصاحبها مخير إن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة وترك الأشجار المقطوعة للقاطع وإن شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة وأخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة. مثلاً لـو

كانت قيمة الروضة حال كون الأشجار المقطوعة قائمة عشرة آلاف وبلا أشجار خمسة آلاف وقيمة الأشجار الفين فصاحبها بالخيار إن شاء ترك الأشجار المقطوعة للقطع وأخذ خمسة آلاف وإن شاء أخذ ثلاثة الاف والأشجار المقطوعة).

لو قطع أحد اشجاراً في روضة آخر وقطع أغصانها بغير حق فصاحبها عند وجود الأشجار المقطوعة مخير إن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة وترك الأشجار المقطوعة للقاطع وإن شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة وأخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة. لأنه قد ذكر في نظير هذه المسألة من شرح المادة «٩١٨» إن تلك الأشجار موجودة وقائمة من وجه لأن جذع الشجرة وفروعها قائمة ويمكن استعماله خشباً وحطباً. وهالكة من وجه آخر لكونها لم تبق على هيئتها السابقة متصلة بالأرض على وجه القرار ولم يبق في الإمكان الإنتفاع بثمرها والإستظلال بها. وعليه فصاحبها مخير إن شاء ذهب إلى القيام وضمنه النقصان وإن شاء ذهب إلى جهة الهلاك. وضمنه قيمتها كاملة ولا يحكم على القاطع بغرس مثل تلك الشجرة في محلها. لأن الأشجار ليست من ذوات الأمثال.

أما إذا استهلك الأشجار المقطوعة فلصاحبها أخذ قيمتها قائمة فقط. لأنه لم يبق محل لصورة أخرى.

مثلاً لو كانت قيمة الروضة والأشجار قائمة عشرة آلاف وقيمتها بلا أشجار خمسة آلاف وكانت قيمة الأشجار المقطوعة ألفين فصاحبها بالخيار إن شاء ترك الأشجار المقطوعة وأخذ خمسة الآف وإن شاء أخذ ثلاثة آلاف والأشجار المقطوعة يعني يأخذ الأشجار المقطوعة وثلاث آلاف معاً.

يفهم من هذا أنه إذا كانت قيمة الأشجار مقطوعة كقيمتها قائمة كشجرة الصفصاف والجوز وأخذ صاحبها الأشجار مقطوعة فليس له طلب شيء من القاطع. لأن القاطع في هذه الحال لم يتلف شيئاً «التنقيح، البزازية».

إيضاح القيود:

١ ـ الأشجار ليس هذا التعبير للاحتراز عن الأغصان فلو قطع أحد أغصان شجرة لآخر قائمة، تقوم الشجرة مع أغصانها المقطوعة وتقوم من دونها ويضمن القاطع ما بين ذلك من تفاوت. إلا أنه إذا كان النقصان العارض للشجرة بسبب ذلك فاحشاً ضمن قيمة الشجرة كاملة أنظر المادة (٩٠٠) (الواقعات) حتى انه لو نبت غير تلك الأغصان المقطوعة فلا يبرأ من الضمان.

كما لو حصد أحد زرعاً لآخر بغير حق واستهلكه ونبت بعد ذلك غيره فلا يبرأ ذلك الشخص من ضمان المحصود (الهندية في الباب السادس).

٢ ـ بغير حق، هذا التعبير احترازي. لأنه لو تدلت أغصان شجرة من روضة أحد على روضة جاره ولم يمكن تفريغها بشدها وربطها. وراجع الجار الحاكم فله قطعها من أي جهة يأمره الحاكم بقطعها

منها ولكن ليس له أن يدخل روضة جاره لأجل القطع. أنظر المادة (٩٦)

أما إذا كان تفريغ هوائه بشد تلك الأغصان وربطها بالشجر ممكناً وقطعها فإنه يضمن وإن كان التفريغ ممكناً بشد بعضها دون الآخر وقطعها كلها ضمن الأول ولا يضمن الثانية.

ولما كان لذلك الشخص حق القطع فالأولى أن يستأذن أولاً من صاحب الشجرة بقطعها فإذا أذن له بقطعها فبها وإلا راجع القاضي (الهندية في الباب الرابع عشر). وإذا وجد أطراف جذوع شاخصة على جدار جاره وهي بحال لا يحتمل مثلها قطعها صاحب الجدار فإن أعلم صاحب الجذوع بأن قال له ارفعها وإلا أقطعها لا يضمن لأنه رضي بقطعه وإن لم يعلمه يضمن (الهندية في الباب الرابع).

﴿مادة ٩٢١﴾ ليس للمظلوم أن يظلم آخر بسبب كونه قد ظلم؛ مثلاً لو أتلف أحد مال آخر فقابله بإتلاف ماله يكون الاثنان ضامنين. كذلك لو أتلف أحد من قبيلة مال آخر من قبيلة آخر فأتلف هذا أيضاً مال ذاك يضمن كلاهما المال الذي أتلفاه

لو ظلم أحد آخر فليس للمظلوم أن يظلم ذلك الشخص أو غيرهُ أنظر المادة (١٩) بل راجع ذلك الشخص بما اقترفه معه من ظلم. أنظر المادة (٢٠) لأن الظلم حرام قطعي ولا يتغير حكم ذلك بوجه ما وعليه لا يباح للمظلوم أن يظلم غيره ولا للمغصوب منه أن يغصب ولا للمسروق منه أن يسرق ولا لمقطوع الطريق أن يقطعها (التنقيح).

مثلاً لو أتلف زيد مال عمرو مقابلة لإتلافه ماله فلا يقع التقاص ويكونان ضامنين بمقتضى المادة (٩١٢) كما لو أتلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طي لأن بكراً الذي هو من تلك القبيلة أتلف ماله يضمن كل منهما المال الذي أتلفه. كذلك لو أخذ أحد أهالي قرية نقوداً من ضيف في تلك القرية جبراً فللمغصوب منه أن يطالب الشخص الآخذ وليس له أن يطالب بها المحافظ الذي في جوار القرية.

كذلك لو انخدع أحد فأخذ دراهم زائفة من أحد فليس له أن ينقدها غيره أي غير الذي أخذها منه أنظر المادة (٢٥) وله أن يعيدها إلى الذي أخذها منه وأن يطلب نقوداً صحيحة بدلاً منها (الفيضية والفتاوى الجديدة).

الفصل الثاني

في بيان إتلاف المال تسبباً

﴿مادة ٩٢٢﴾-(لو أتلف أحد مال الآخر وأنقص قيمته تسبباً يعني لو كان سبباً مفضياً لإتلاف مال أو نقصان قيمته يكون ضامناً. مثلاً إذا تمسك أحد بثياب آخر وحال مجاذبتهما سقط مما عايه شيء أو تعيب يكون المتمسك ضامناً وكذا لو سد أحد ماء أرض لآخر أو روضته يبست مزروعاته ومغروساته وتلفت أو أفاض الماء زيادة وغرقت المزروعات وتلفت يكون ضامناً. وكذا لو فتح أحد باب اصطبل لآخر وفرت حيواناته أو ضاعت أو فتح باب قفص وفر الطير الذي كان فيه يكون ضامناً).

والمراد بفعله هو فعله الواقع بالتعدي، ويكون سبباً مفضياً لتلفه أو نقصان قيمته. فعليه إذا أتلف أحد المال يضمن بدله كاملاً. وفي حال نقصان القيمة يضمن أحياناً القيمة كلها وأحياناً أخرى قيمة النقصان. كما هو موضح في شرح المادة (٩٠٠) وشرحها.

وتتفرع من هذا عدة مسائل:

المسألة الأولى: إذا تمسك أحد بثياب آخر أو جسمه وحال مجاذبتهما سقط مما عليه شيء أو تلف أو ضاع أو تعيب يكون المتمسك ضامناً.

ويلزم الضمان في صورة التلف على الإطلاق أما إذا ضاع فينظر، فإذا سقط في قرب صاحب المال ورآه صاحب المال وكان مقتدراً على أخذه لا يكون ضامناً (الخانية).

الاختلاف في المقدار: إذا اختلف في مقدار الشيء الذي تلف أو ضاع فالقول للمتلف أي للشخص المتمسك.

كذلك لو أنكر المتعلق السقوط والتلف رأساً كان القول له ويلزم الآخر الإثبات. أنظر المادة (٢٨) (التنقيح).

المسألة الثانية، لو ضرب أحد آخر فتوفي المضروب أو سقط وهو لا يغي على نفسه فتلف مال أو ثوب له أو ضاع ضمن الضارب ذلك المال أو الثوب (جامع الفصولين).

المسألة الثالثة: لو ألقى أحد آخر في حوض أو جدول وسقط ما معه من النقود في الحوض أو الجدول فإن سقطت عند الإلقاء كان ضامناً لأنها تكون قد سقطت في تلك الحال بفعل ذلك الشخص أما إذا لم تسقط عند الإلقاء وسقطت عند إخراج الملقى من الماء فلا يضمن لأن السقوط حينئذ بفعل ذلك الشخص الملقى.

المسألة الرابعة: لو أغرى أحد كلبه بشخص آخر فمزق ثيابه يكون ضامناً سواء أكان الكلب أثناء ذلك وراء صاحبه أم لم يكن (الأنقروي).

المسألة الخامسة، كذلك لو سد أحد ماء مزرعة لآخر أو ماء روضة بغير حق فيبست مزروعاته

ومغروساته الموجودة في تلك المزرعة أو الروضة أو سقى أرضه أو روضته على خلاف المعتاد فأفاض الماء بزيادة على مزرعة آخر فغرقت مزروعاته ومغروساته ضمن قيمة المزروعات والمغروسات التي تلفت في زمن التلف. فلو قطع أحد الماء الجاري بحق عن أراضي الأرز التي لآخر بعد أن صار الأرز الذي فيها أخضر وأجراها في أرضه فجف الأرز ضمن ذلك الشخص الأرز على تلك الصورة وضمن قيمة الكروم والأشجار التي تجف بسبب ذلك (الأنقروي والمجموعة الجديدة).

والكيفية التي يقدر بها بدل الضمان هي أن تقوم المزرعة أولاً مزروعة أي تقدر كما لو كان الأرز المتلف موجوداً فيها وتقوم مرة أخرى غير مزروعة، ويضمن ذلك الشخص الفضل والتفاوت الذي بين القيمتين.

إيضاح القيود:

١ ـ إذا سد، فعليه لو أراد أحد سقي زرعه فمنعه آخر من ذلك فتلف الزرع فلا يضمن (البزازية)

٢ ـ لو أفاض الماء، تكون الإفاضة بسقي الأرض زيادة عن احتمالها وعلى خلاف المعتاد. فلو سقاها على حسب المعتاد فحدث ضرر فلا يلزمه ضمان. وفي هذه الحال لو أحدث أحد ضرراً في مزرعة جاره وهو يسقي مزرعته ينظر. فإذا كان سقي ذلك الشخص بما تحتمله الأرض وعلى الوجه المعتاد فلا يلزم ذلك الشخص ضمان لأنه متسبب غير متعد. أنظر المادة (٩٢٤).

كذلك لو حفر أحد في ملكه بئراً أو وضع حجراً وتلف شيء بسبب ذلك فلا يضمن. وإذا كان سقيه خلاف المعتاد وزيادة عن تحمل الأرض أو كانت مزرعته مرتفعة ومزرعة جاره منخفضة ولم يعمل مسناة لمزرعته أو انهدمت المسناة أو لم يغلق الخرق وهو عالم بكونه مفتوحاً فتجاوز الماء إلى مزرعة جاره فأحدث ضرراً كإفساده الزرع كان ضامناً.

كذلك لو أطلق أحد الماء إلى مجراه زيادة عن المعتاد وهو يسقي ففاض الماء على دار لآخر متصلة ومنخفضة عنه فجرف حائطها وبل ما فيها من حنطة فنقصت قيمتها كان ضامناً (البهجة، الدر المختار ورد المحتار في الشرب).

المسألة السادسة، لو هدم أحد داره وكوم التراب الذي خرج منها في عرصته بجانب حائط جاره فحصل من جراء ذلك ضغط على الحائط أورثه وهنا كان ضامناً (الأنقروي، البزازية).

المسألة السابعة، لو أوقد أحد في داره ناراً لا يوقد مثلها عادة فاحترقت دار جاره بسبب ذلك لزم الضمان (البهجة).

المسألة الثامنة، لو دخل فرس أحد مزرعة لآخر فهجم على الفرس صاحب المزرعة وضيق عليه وأراد أن يقفز الفرس إلى ساحة الدار فبقر بطنه عمود فهلك لزم الضمان (البهجة).

المسألة التاسعة، لو فتح أحد اصطبلاً لآخر من دون إذنه ففر الحيوان الذي فيه وضاع أو فتح باب القفص فطار الطير الذي فيه يكون ضامناً عند محمد سواء أقال عند فتحه باب الإصطبل أو القفص للحيوان (هش هش) وللطير (كش كش) أم لم يقل. ووجه الإمام محمد في هذا أن فاتح الباب وإن كان

متسبباً فبما أنه قد تخلل بين التسبب فعل للحيوان أو الطير وهو الفرار والطيران فكان يجب أن لا يلزم المتسبب ضمان.

لكن لما لم تكن من هزيمة للبهيمة كان الضمان لازماً (الخانية).

أما عند الشيخين فيلزم الضمان إذا عمل لدى فتحه الباب شيئاً منفراً للحيوان ومهرباً كقوله للحيوان (هش هش) وللطير (كش كش) وللحمار (هر هر) وإذا لم يعمل شيئاً من ذلك فلا يلزم ضمان. ويفهم من إطلاق المجلة أنها قد اختارت في هذا قول الإمام محمد (الأنقروي).

الحكم عند اجتماع مسببين: لا يوجد في هذه المسألة غير مسبب واحد وهو فاتح الباب لكن إذا وجد مسببان أي فيما لو اجتمع حال القيد مثلاً وفاتح الباب فيكون الضمان على فاتح الباب أيضاً.

فعليه لو قيد أحد فرسه ووضعها في اصطبله وأقفل عليها الباب فجاء رجل وفك قيد الفرس وترك الباب مقفلاً وجاء آخر وفتح الباب فخرج الفرس فاراً وضاع كان الضمان على فاتح الباب (الخانية).

لأن فتح الباب سبب قوي لفرار الحيوان. لأن الفرس لا يمكنها الفرار ولو رفع القيد ما دام الباب مقفلاً أما بعد فتح الباب فيمكنها الفرار ولو كانت مربوطة. وقد يقال ان رباط الحيوان إذا كان محكماً فلا يحتمل أن ينحل ويفر؟ فيجاب على ذلك أنه ينظر في الحكم والأسباب إلى الجنس لا إلى الجزئيات (الشارح).

عاشراً، لو فك أحد حيواناً في اصطبل أو جملاً في قطار وضاع الحيوان لزم الضمان عند الإمام محمد (الأنقروي).

الحادي عشر، لو شق أحد القربة المحملة على جانبي الدابة من أحد طرفيها فسال ما فيه من المائع فسقطت القربة إلى الأرض وسال ما في الطرف الآخر من المائع أيضاً يكون ذلك الشخص ضامناً إلا أنه إذا ساق صاحب الحيوان الدابة وهو عالم بأن القربة منصدعة يعتبر أنه راض بذلك الانصداع فلو سقط الجانب الآخر من القربة بعد ذلك وتلف ما فيه لا يضمن.

المسألة الثانية عشرة، لو قطع أحد حبل القنديل المعلق فكان سبباً في سقوطه إلى الأرض وانكسر، أو شق ظرف الزيت فكان سبباً في سيلان الزيت وتلفه لزم الضمان بالإتفاق على ما ذكر في المادة (٨٨٨) (جامع الفصولين).

المسألة الثالثة عشرة، لو نقل أحد آخر إلى بلد آخر كرهاً ضمن الناقل الاجرة المقتضية لعودته إلى البلد الأول (الخانية).

﴿مادة ٩٢٣﴾ - (لو جفلت دابة أحد من الآخر وفرت فضاعت لا يلزم الضمان وأما إذا كان قد أجفلها قصداً يضمن. وكذا إذا جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد بقصد الصيد فوقعت وتلفت أو انكسر أحد أعضائها لا يلزم الضمان أما إذا رمى البندقية بقصد اجفالها يضمن (راجع مادة ٩٣).

قاعدتان: القاعدة الأولى، المتسبب لا يكون ضامناً ما لم يكن متعمداً. القاعدة الثانية، إذا كان

المتسبب متعمداً يكون ضامناً.

والتعريفات الآتية قد أشير إلى كل منها برقم القاعدة التي تفرعت منها.

١ ـ لو جفلت دابة أحد من آخر يعني إذا جفلت الدابة من الشخص من دون أن يقصد إجفالها ففرت وضاعت فلا ضمان ولو اقترب منها من دون أن يقصد إجفالها.

٢ ـ أما إذا أجفلها الشخص قصداً وفرت الدابة بسببه وضاعت كان ضامناً (الفيضية).

٣ ـ لو قفز أحد من على حائط على الطريق فخافت وجفلت دابة مارة في الطريق فألقت ما عليها من الحمل فلا يلزم ضمان.

١ ـ لو دخل حيوان أحد مزرعة الآخر وأكله الذئب بعد أن أخرجه صاحب المزرعة من مزرعته أو ضاع فلا يلزمه ضمان ما لم يكن قد ساقه بعد إخراجه من الزرع.

٢ ـ أما إذا ساقه بعد أن أخرجه من الزرع سواء أساقه بلا موجب أم ساقه إلى الدرجة التي يكون فيها أميناً على الزرع لزم الضمان (علي أفندي). وكذا لو أخرج دابة غيره من زرع غيره وساقها إلى مكان يأمن منها على زرعه فكأنه أخرجها من زرعه، وأكثر مشايخنا على أنه يضمن وعليه الفتوى (الهندية في الباب الثالث).

١ ـ وكذا إذا جفلت الدابة من صوت البندقية التي أطلقها الصياد بقصد الصيد وتلفت أو انكسر عضو منها لا يلزم الضمان أنظر المادة (٢).

٢ ـ أما لو أطلق أحد بندقيته بقصد أن يخيف دابة الآخر فجفلت الدابة وتلفت أو تعيبت رجلها أثناء فرارها كان ضامناً أنظر المادة (٩٣). ولما كانت هذه المادة في ضمان المتسبب فقد شرط فيها التعمد أما إذا كان المتلف مباشراً ضمن المال الذي أتلفه سواء أتلفه متعمداً أو غير متعمد على ما هو مذكور في المادة (٩٢) ويتفرع من ذلك المواد (٩١٢ و٩١٣ و٩١٤ و٩١٥ و٩١٧) (المجموعة الجديدة).

﴿مادة ٩٢٤﴾-(يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان على ما ذكر آنفاً يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حق مثلاً لو حفر أحد في الطريق العام بئراً بلا إذن ولي الأمر ووقعت فيها دابة لآخر وتلفت يضمن وأما لو وقعت الدابة في بئر كان قد حفرها في ملكه وتلفت لا يضمن)

يشترط شيئان التعمد والتعدي لأن يكون التسبب موجباً للضمان على ما ذكر آنفاً في المادتين (٩١٢ و٩٢٣) يعني ضمان المتسبب في الضرر الناشيء عن تسببه مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر عمداً وبغير حق. أي إذا كان قد استعمله عمداً وتعدياً كان ضامناً.

مثلاً لو حفر أحد بئراً في الطريق العام من دون إذن ولي الأمر أي من دون إذن الحضرة السلطانية فسقط فيها حيوان لآخر أو وضع في تلك الطريق حجراً وتلف فيه الحيوان عثر به كان ضامناً. لأن ذلك

الشخص ليس له حق في التصرف في الطريق العام وحفر بئر فيها، فكما أن في الحفر المذكور تعدياً فيعد تعمداً أيضاً.

أما لو حفر أحد بئراً في ملكه أو في مكان له حق الحفر فيه وسقط فيها حيوان لآخر وتلف لا يضمن لأنه لما كان لكل أن يتصرف في ملكه كما يشاء بمقتضى المادة (١١٩٢) فيكون الحفر المذكور بحق.

كذلك لو هدم أحد داره فانهدمت دار جاره من جراء ذلك فلا يلزم ضمان كما لا يلزمه أن يبنيها كالأول (علي أفندي وجامع الفصولين).

كذلك لو طارت شرارة بينما كان أحد يحرق العشب في مزرعته إلى مزرعة جاره فحرقت مزروعاتها، فإن كانت النار بعيدة عن مزرعة جاره بحيث لا تصل الشرارة إليها عادة فلا يلزم ضمان. أما إذا كانت قريبة بحيث تصل إلى مزرعة الجار فيكون ضامناً. لأنه وإن كان للإنسان أن يوقد النار في ملكه إلا أنه يشترط في ذلك السلامة «البهجة» وعليه إذا كانت قريبة بهذا المقدار فيكون تجاوز النار إلى مزرعة الغير معلوماً ويكون واقد النار قد قصد إحراق زرع الغير. أما إذا كانت أرض جاره قريبة من أرضه بحيث كان الزرعان ملتفين أو قريبين من الالتفاف على وجه يعلم أن النار تصل إلى زرع جاره فيضمن واقد النار زرع الجار (الخانية).

كذلك لو ظهر حريق في دار أحد قضاء بسبب إيقاده النار على الوجه المعتاد فاحترقت دار جاره فلا يضمن. أما لو احترقت دار جاره بسبب إيقاده النار على الوجه غير المعتاد ضمن قيمة دار جاره مبنية مع بدل الأشياء التي لم يستطع إخراجها (البهجة، الخانية).

كذلك لو حرقت النار مال أحد بينما حاملها كان ماراً من مكان له حق المرور منه كالطريق العام بسبب هبوب الريح على النار أو بسبب سقوط النار منه فلا يلزم ضمان. أما إذا مر بالنار من محل ليس له حق المرور منه أو إذا حصل الحرق بهبوب الريح على النار فلا يلزم ضمان. أما إذا سقطت من يده شرارة وأحرقته فيلزمه الضمان (البهجة، الفيضية) والأظهر هو هذا وعليه الفتوي (الخانية).

كذلك لو اشتدت الريح بينما كان صاحب السفينة سائراً بسفينته ولم يستطع صرفها عن شرك لآخر قد نصبه وأضرت به فلا يضمن (علي أفندي).

كذلك لو ألقى أحد في التنور الذي في بيته حطباً كثيراً وأوقده إيقاداً لا يحتمله هذا التنور فاحترقت داره مع دار جاره بسبب ذلك يضمن دار جاره (الخانية).

وكذلك لو وضع أحد جمرة في الطريق العام في يوم شديد الريح فاحترق شيء بسبب ذلك لزم الضمان عند شمس الأئمة (الخانية).

﴿المادة ٩٢٥﴾ - (لو فعل أحد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء فحل في ذلك الشيء فعل اختياري يعني أن شخصاً آخر أتلف ذلك الشيء مباشرة يكون ذلك المباشر الذي هو صاحب الفعل الاختياري ضامناً (راجع المادة ٩٠).

يعني لو حل فعل اختياري بين ذلك السبب والتلف. كأن يتلف شخص آخر ذلك الشيء مباشرة كان صاحب ذلك الفعل الإختياري الذي هو الفاعل المباشر ضامناً! ولا يضمن الشخص المتسبب أنظر المادة (٩٠).

تتفرع من هذه القاعدة مسائل عديدة:

المسألة الأولى، إذا حفر أحد بئراً في الطريق العام فألقى آخر حيوان الغير وتلف في البئر لـزم الضمان على الملقي وليس على حافر البئر ضمان.

المسألة الثانية، لو فر أحد من ظالم فأوقفه أحد عن المسير فلحق به الظالم وجرمه لزم الظالم الضمان.

المسألة الثالثة، لو فتش ظالم عن آخر ليأخذ ماله فأرشد أحد ذلك الظالم إليه فأخذ الظالم ماله لزم الظالم الضمان الآخذ (جامع الفصولين).

المسألة الرابعة، لو فتح أحد دار آخر أو حانوته أو نقب حائطها ففتح شخص الدار أو الحانوت من النقب أو كسر قفلها تغلباً وسرق منها مالاً سواء أسرقه عقيب فتح الباب أو بعد مدة لزم الضمان السارق ولا يضمن ذلك الشخص.

المسألة الخامسة، لو خرج أحد من الخان ليلاً وترك بابه مفتوحاً فدخله لص وسرق مالاً فيه لزم السارق ضمانه (البزازية، الأنقروي).

المسألة السادسة، لو أفلت أحد المدين من يد دائنه وفر المدين بعدئذ فلا يلزم ذلك الشخص ضمان الدين. ويعزر ذلك الشخص الفار بحكم الجناية (الخانية).

المسألة السابعة: لو فتح أحد بئر حنطة لآخر فسرق منه الحنطة شخص آخر ضمن السارق (جامع الفصولين).

المسألة الثامنة، لو كان أهالي بلدة في جزيرة وسط البحر يتناوبون الحراسة خوفاً من الحربيين فاجتاح الحربيون داراً لأحد أهل البلد ونهبوا ماله في نوبة حراسة آخر فليس لصاحب المال المنهوب أن يضمن صاحب النوبة ماله (علي أفندي).

المسألة التاسعة، لو أرشد جان أعوانه إلى دار لآخر أو دل شريك لصاً على دار شريكه ولم يأمره بشيء فسرق الأعوان أو سرق اللص مال الشخص فالضمان يكون على الآخذ ولا يلزم من دل ضمان لأنه يحصل منه أمر أو حمل على السرقة (الهندية في الباب التاسع).

المسألة العاشرة، لو أمر أحد بذبح الشاة المملوكة له وبعد ذلك باعها من شخص فذبحها المأمور ضمن المشتري الذابح قيمتها. ولا يضمن الآمر البائع سواء أكان المأمور عالماً بالبيع الواقع أم لم يكن عالماً به لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. لكن لو استأجر المأمور للذبح فله أن يرجع على آمره بما ضمن كما هو الظاهر أنظر المادة (٦٥٨) الشارح.

المسألة الحادية عشرة، لو قال أحد لآخر إذهب من هذا الطريق فهو أمين فذهب منـه وسلبه اللصوص فلا يلزم القائل بالذهاب ضمان (الهندية في الباب الرابع عشر).

المسألة الثانية عشرة، لو قال أحد لآخر كل من هذا الطعام فهو طيب فأكل منه فتبين أنه مسموم فلا يلزم القائل ضمان (الهندية في الباب الرابع عشر).

المسألة الثالثة عشرة، لو حمل أحد على دابة آخر أثقالاً فجرح ظهرها فشق صاحبها ذلك الجرح وبعد مدة اندمل. فإذا اندمل الجرح تماماً فلا يلزم ذلك الشخص ضمان. أما إذا حدث نقصان بسببه فإذا كان النقصان بسبب الشق فلا يلزم شيء وإذا كان النقصان بسبب الجرح نفسه ضمنه، وكذا إذا ماتت. وإن اختلفا فالقول للذي استعمل الدابة مع يمينه فإن حلف بريء من ضمان الدابة ولا يبرأ من ضمان النقصان (الهندية في الباب الرابع عشر).

قد ذكر في الفصل الثالث والثلاثين من (جامع الفصولين) تحت عنوان (في التسبب والدلالة) بعض مسائل متفرعة من هذه المادة.

مستثنى: قد أفتي بكون السعاية بغير حق موجبة للضمان على الوجه الآتي: إذا وشى زيد بعمرو عند أهل العرف المعروفين بالظلم وكان سبباً لأن يغرم عمرو بمبلغ فلعمرو أن يضمن زيداً المبلغ المذكور (البهجة) وعلى هذه الحال يلزم استثناء السعاية بغير حق من حكم هذه المادة. ويقال للساعي (المثلث). لأن الساعي أولاً: يسيء إلى نفسه. لأنه ارتكب فعلاً ذمياً ومقدوحاً فيه. ثانياً، يسيء إلى جنسه أي يكون قد ظلم الذي سعى به ثالثاً، يكون قد أساء أيضاً إلى الذي سعى له إذ يكون قد ساقه إلى الظلم وقال امرؤ لكعب الأحبار نبئني ما المثلث؟ فقال شر الناس المثلث يعني الساعي بأخيه إلى أهل العرف يهلك ثلاثة نفسه وأخاه وأهل العرف بالسعي إليه.

وعليه لو أخبر أحد آخر معروفاً بنهب أموال الناس ان في المحل الفلاني حنطة لفلان أوله في الموضع الفلاني فرس من جياد الخيل فأخذ الحنطة أو الفرس بغير حق كان المخبر ضامناً. وإذا توفي الساعي يؤخذ الضمان من تركته «الطحطاوي بتغيير ما».

الفصل الثالث

فيما يحدث في الطريق العام

إن المواد التي في هذا الفصل هي في حق الإتلاف تسبباً أيضاً (رد المحتار).

والظاهر ان المادة (٩٢٨) ليست من المسائل التي تدخل تحت هذا العنوان.

والمراد بالطريق العام هنا الطريق الواقع في القرى والأمصار وليس الطريق العام الواقع في المفازة والصحراء على أنه لو أحدث في محجة الطريق في الصحراء أي في محل مرور الناس منه بئراً مثلاً وتلف بسببها شيء لزم الضمان.

أما إذا أحدث البئر في أحد جانبي الطريق الواسع من اليمين أو اليسار فلا يلزم الضمان لأنه بسبب اتساعه يمكن العدول عن الموضع الذي فيه البئر والمرور من الجهة الخالية منه (رد المحتار، والطحطاوي)[1].

﴿المادة ٩٢٦﴾ - (لكل أحد حق المرور في الطريق العام لكن بشرط السلامة يعني أنه مقيد بشرط أن لا يضر غيره بالحالات التي يمكن التحرز منها فلو سقط عن ظهر الحمال حمل واتلف مال أحد يكون الحمال ضامناً وكذا إذا أحرقت شرارة ثياب أحد كان ماراً في الطريق وكانت الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضربه الحديد يضمن الحداد ثياب المار).

يعني أن لأهالي الحي أو البلد حق المرور من الطريق الذي في الحي أو البلد كما أن لأهالي حي أو بلد آخر حق المرور منه أيضاً.

وقد بين في هذه المادة أن لكل حق المرور منه راجلاً كما قد بين في المادة «٩٣٢» ان لكل المرور منه بحيوانه لكن حق هذا المرور مقيد بشرط السلامة. يعني أنه مقيد بشرط أن لا يضر أحد غيره في الحالات التي يمكن التحرز منها واجتنابها لأن الطريق العام ملك مشترك لعموم الناس وعليه فيعد المار في الطريق العام كصاحب حصة فيه وهو من وجه يتصرف في ملكه ومن وجه آخر يتصرف في ملك الغير فيلزمه مراعاة حق الطرفين والمساواة بينهما لذلك أعطى حق المرور لكل أحد بشرط السلامة. أما في الحالات التي لا يمكن التحرز منها فلا يسأل عن شرط كهذا لأنه لو سأل عنه في حالات المذكورةلأدى ذلك إلى منع المرور من الطريق العام فعليه لما كان المرور من الطريق العام مقيداً في الحالات التي يمكن التحرز منها بشرط عدم الإضرار بغيره فلو سقط الحمل في الطريق من فوق ظهر الحمال أو رأسه فأتلف مالاً لآخر سواء أتلف المال المذكور بتدحرج الحمل عليه كسقوطه على أواني الزجاج وكسره اياها أو

---

(١) يوجد في قانون الأبنية بعض أحكام تتعلق بالطرق العامة فمن أراد الإستزادة من المعلومات فليراجعه.

سقوطه في الطريق العام وعثور أحد به بعد ذلك وإضراره به ضمن الحمال ذلك المال أو الضرر. لأن تحميل الحمل على الظهر والرأس والمرور به في الطريق وإن كان مباحاً ولكنه مقيد بشرط السلامة وكذلك إطلاق البندقية على الهدف أو الصيد (رد المحتار، والخانية).

ولأنه لما كان الحمال هو الذي وضع الحمل المذكور على الطريق فلم ينقطع أثر فعله بعد (جامع الفصولين).

مثلاً لو سقط الحمل من فوق ظهر حمال في الطريق العام فعثر به، وهو لا يزال في الطريق، إنسان قضاء وتلفت ثيابه كان ضامناً. لأنه هو الذي وضع الحمل في ذلك الموضع إذ لم يتخلل بين وقوع الحمل في الطريق فعل غيره (الخانية).

إيضاح القيود:

١ ـ الطريق العام، يحترز بهذا التعبير عن المرور من أرض الغير ودار الغير.

المرور من أرض الغير، في هذه المسألة تفصيلات. لا يجوز المرور من هذه الأرض إذا أحيطت بشيء كالحائط أو السياج أو منع صاحبها من المرور منها. (أنظر المادة ٩٦). لأن الإحاطة بحائط تدل على المنع من المرور من المحل المحاط. أما إذا لم تحط بحائط ولم يمنع صاحبها من المرور منها ولم يكن ثمة طريق غيرها وكان المار واحداً فيمكنه المرور وإذا كان جماعة فليس لهم ذلك. كذلك إذا كان هناك طريق آخر فلا يحل المرور منه أيضاً.

ورُوي عن أبي القاسم أنه إذا ضل أحد طريقه فله المرور من الزرع بشرط ألا يتلف الزرع (البزازية).

دخول دار الغير: يحظر على المرء أن يدخل دار غيره بدون إذنه لكن يستثني من هذا الحظر المسائل الآتية:

المسألة الأولى، إذا سقط ثوب لأحد في دار آخر وخاف إذا أخبر صاحب الدار بالأمر أن يأخذه ويجحده فله دخول البيت بعد أن يعلم بذلك بعض الصالحين فيأخذ ثوبه.

المسألة الثانية، لو خطف أحد مالاً لآخر وفر ودخل إلى بيته ولحق به صاحب المال فله دخول منزله من دون إذنه.

المسألة الثالثة، إذا كان لأحد في دار آخر مجرى له حق المسيل فيه وهو محتاج إلى العمارة والإصلاح ولم يمكن صاحب الدار ذلك الشخص من الدخول للمجرى وإصلاحه فيقال لرب البيت أما أن تعطي صاحب المجرى الإذن بدخول الدار ليصلحه وأما أن تصلحه أنت.

المسألة الرابعة، قال الإمامان إن لصاحب الدار التي في يد المستأجر الدخول إليها من دون إذن المستأجر لمعاينة المحال المحتاجة للعمارة وقال الإمام الأعظم إنه ليس له دخولها من دون إذنه (رد المحتار).

٢ ـ الحمل، هذا التعبير للاحتراز عن الثياب لأنه لو سقط الرداء الذي يلبسه أحد أو عمامته فأضر بمال الآخر كما لو سقط على كوب ماء لآخر فكسره أو سقط الرداء فتعلق برجلي أحد فعثر فترتب على ذلك

ضرر فلا يضمن (الخانية) والسيف كالرداء. والفرق بين الحمل والرداء هو أن حامل الحمل إنما وجد بقيد المحافظة على ذلك الحمل، وعليه لا مشقة في تقييد هذا بوصف السلامة. أما لابس الثياب فلم يقيد بقيد المحافظة عليها من السقوط وفي تقييده بوصف السلامة حرج ومشقة (رد المحتار).

كذلك لو طارت شرارة بينما كان الحداد يطرق الحديد في دكانه فأحرقت ثياباً لآخر كان ماراً في الطريق العام أو أتلفت دابة له كان الحداد ضامناً. لأن الخسارة التي تحصل بسبب طيران الشرارة بطرق الحداد الحديد كالخسارة التي تحصل من الحداد من دون قصد (الأنقروي، الهندية) كذلك لو قتل ذلك الشخص أو اعماه لزمت الدية (الخانية).

وهو يطرق يعني من طرقه كما قيل. لأنه إذا لم تتطاير الشرارة من طرق الحداد الحديد بل من كيره أو اطارت الريح شرارة من الحديد الذي أحماه فأحرقت ثياب ذلك الشخص أو قتلته أو أعمت عينيه فلا يلزمه ضمان. لأنه وإن كان متسبباً فليس بمتعمد ولا متعد أنظر المادة (٩٢٤) وشرحها (الخانية).

إن العملة المشتغلين بقلع الأحجار وكسرها يثقبون الصخور ويضعون في الثقب باروداً ويضعون ذبالة في البارود ويوقدون تلك الذبالة فتتفتت الصخور وتتطاير قطع الأحجار إلى العلاء في هذه الأثناء ثم لا تلبث أن تهوي إلى الحضيض وكثيراً ما تقتل أناساً وتهدم بيوتاً. وبناء على تلك المسألة المذكورة في المجلة ولذلك يلزم تضمين واقد الذبالة دية القتيل وقيمة البناء.

والفقرة الأخيرة من مادة المجلة هذه فرع من المادة (٩١٢) كما هو مذكور في شرح المادة المذكورة.

﴿مادة٩٢٧﴾ -(ليس لأحد الجلوس في الطريق العام للبيع والشراء ووضع شيء فيه وإحداثه بلا اذن ولي الأمر وإذا فعل يضمن الضرر والخسارة اللذين يتولدان من ذلك الفعل. بناءً عليه لو وضع أحد على الطريق العام أدوات العمارة أو الحجارة وعثر بها حيوان آخر وتلف يضمن كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن وزلق به حيوان وتلف يضمن).

لأن الطريق للمرور والجلوس في الطريق للبيع والشراء لا يجوز لأن ذلك استعمال للطريق لغير ما وضعت له. حتى إنه لو جلس أحد في الطريق العام للبيع والشراء وتلف شيء من جراء ذلك يضمن. لأن ذلك الشخص يكون متسبباً متعدياً. أما إذا جلس في الطريق العام بإذن ولي الأمر فلا يضمن الضرر المتولد عن ذلك (جامع الفصولين) وإن يكن قد ورد في تنوير الأبصار وفي شرحه الدر المختار أنه يجوز الجلوس في الطريق للبيع والشراء إذا لم يكن في ذلك ضرر بأحد لكن هذا فيما لم يمنع الجلوس من قبل ولي الأمر فلما منع الجلوس في الطريق العام في هذه المادة بأمر ولي الأمر فقد أصبح ممنوعاً. وليس لأحد بلا اذن ولي الأمر وضع شيء في الطريق العام وإحداث أشياء فيها كالكنيف والميزاب والجرصن أي الغرفة البارزة على السوق. وإذا حاول احداث ذلك يمنع عند الإمام الأعظم ومحمد. ولكل من أهل المرور حق منعه. وسيوضح حكم هذه المادة أكثر من ذلك في شرح المادة (١٢١٣). وإذا كان لا يمكن منعه من

احداثه ينظر، فإذا كان مضراً بالعامة يهدم ويرفع. مثلاً لو أنشأ طفقاً واطئاً بحيث يضر بالمارة أو درجاً من الحجارة في قسمٍ من الزقاق فضاق به الزقاق يهدم.

أما إذا لم يكن مضراً بالعامة وكانت داره على جانبي الطريق وعمل جسراً للوصل بين الجانبين في مكان عال بحيث لا يكون مانعاً من المرور فيهدم عند الإمام الأعظم أيضاً. ولا يهدم عند محمد. وقد اختارت المجلة قول الإمام الأعظم في المادة (١٢١٣). وعليه فيلزم أن تكون هذه المادة قائلة بعدم جواز رفع المحدثات التي ليست مضرة بالعامة.

وتفصيلات ذلك هي:

اختلاف المجتهدين:

قد وقع اختلاف بين أئمة الحنفية في جواز احداث أشياء كالكنيف والميزاب والجرصن وفي الجلوس للبيع والشراء في هذه الطريق ويجوز احداث أمثال تلك الأشياء تحت شرطين: أولهما أن لا تكون مضرة بالعامة وثانيهما، أن لا يكون قد منع من احداثها. وعليه إن كان الإحداث مضراً فلا يجوز ولو لم يمنع كما لا يجوز الإحداث بعد منعه. ولو لم يكن مضراً حتى إنه يأثم لو أحدثه وأبقاه وانتفع به. ولما كان قد منع في هذه المادة الإحداث بلا إذن فلا يجوز الإحداث بعد سواء أكان مضراً أم غير مضر وكما أنه حاول الإحداث فلكل حق ممانعته سواء أكان مضراً أم لم يكن.

فلو أحدثها أحد منتهزاً فرصة ما فلكل حق المطالبة ببعضها ورفعها سواء أكان منها ضرر أم لم يكن. لأن تدبير المصالح الخاصة بالعامة كالطريق العام لما كان عائداً إلى ولي الأمر فلكل المخاصمة مع آخذ هذا الحق.

وقوله كل أحد، أي كل حر بالغ سواء أكان مسلماً أم غير مسلم ذكراً أم أنثى. إلا ان بعض الفقهاء قد بين أنه يلزم ألا يكون للشخص المدعي بدعوى على هذا الوجه محدثات كهذه في الطريق العام. وإذا كان له محدثات تعد دعواه تعنتاً لأنه لو كان مراده إزالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه. إلا أنه لما كان لا يطلب في النهي عن المنكر أن يكون الناهي متباعداً عنه هذا الشرط والقيد فلمن كان له محدثات كهذه حق الإدعاء أيضاً.

أما عند الإمام محمد فإنه وإن كان لكل حق المنع من إحداث المحدثات سواء أكان مضراً أم لم يكن لكن ليس لأحد حق المطالبة بنقضه بعد احداثه إذا لم يكن مضراً. وأما عند الإمام أبي يوسف فإذا لم يكن مضراً فليس لأحد حق المخالفة ولا حق المطالبة بنقضه أيضاً.

وظاهر هذه المادة من المجلة وإن كان موافقاً لمذهب الإمام الأعظم ولكن المادة (١٢١٣) لما كانت قد اختارت قول الإمام محمد قبول قوله (التنوير، الدر المختار).

استثناء: لكل أن يلقي الثلج الذي في بيته إلى الطريق العام بسبب عموم البلوى. فعليه لو زلق بسبب ذلك أحد المارة وترتب عليه ضرر فلا يضمن. (نظر المادة (٩١) (الخانية).

قيل في المجلة بلا اذن. لأنه إذا اذن له ولي الأمر فليس لأحد حق المنازعة أو الابنية الساري

في زماننا أحداث جرصن أو طنف أو احداث قناة وتطهيرها وحفر بئر.

جواز إعطاء الإذن في مثل هذه التصرفات في الطريق العام: قد بين بعض الفقهاء أنه يجوز إعطاء الإذن إذا كان لا يليق إعطاؤه للتصرف في الطريق العام بسبب المحدثات تضر بالناس لضيق الطريق وكان ثمة مصلحة ومنفعة في إعطائه (رد المحتار).

ومع ذلك فإنما ترفع تلك المحدثات فيها إذا أحدثها المحدث لنفسه.

أما إذا أحدثها العامة ولم تكن مضرة فيجوز بقاؤها ولا ترفع.

مثلاً لو زرع أحد في زاوية في الطريق العام شجرة تضر بالمارة والعابرين وأمكن العامة أن تستظل بها جاز وإن فعل ضمن ما يتولد عن ذلك من الضرر.

توجد قاعدتان في الإضرار التي تحصل عن الأشياء المحدثة في الطريق العام.

القاعدة الأولى، أن يكون للواضع حق الوضع فيه في أي مكان موضع منه. فلا يسأل عن الضرر المتولد عن الشيء الذي وضعه. لأن الجواز الشرعي مناف للضمان. وسواء أوقع ضرر كالتلف وقت وضعه الشيء في المكان الذي وضعه فيه أو بعد زواله من ذلك المكان.

القاعدة الثانية، إذا لم يكن له حق في الوضع فهو مسؤول عن الشيء الذي وضعه ما بقي في المكان الذي وضعه فيه. أما لو أزاله من ذلك المكان إلى جهة أخرى فلا يسأل عن الضرر الذي يحصل بعدئذ (جامع الفصولين، الخانية).

كما لو وضعت جمرة في الطريق فهبت عليها الريح وأزالتها عن مكانها فأحرقت شيئاً لا يضمن الواضع وكذا لو وضع حجراً في الطريق فجاء السيل ودحرجه فكسر شيئاً لا يضمن الواضع لأن جنايته قد زالت بالماء والريح (الخانية).

وتتفرع من هاتين القاعدتين مسائل عديدة:

قد أشير الى المسائل المتفرعة من القاعدة الأولى برقم (١) والمسائل المتفرعة من الفقرة الأولى من القاعدة الثانية برقم (٢) والمسائل المتفرعة من الفقرة الثانية من القاعدة الثانية برقم (٣) وها هو بيان تلك التعريفات:

١ ـ فعليه ليس لأحد أن يغرس في الطريق العام بلا إذن ولي الأمر شجرة ولو وضع خشباً أو أحجاراً أو حديداً أو تراباً فوطئه حيوان آخر من دون أن يسوقه أحد فعثر وعطب ضمن ذلك الشخص كذا لو وضع إثنان جرارهم أو أكوابهم في الطريق العام فتدحرج بعضها على بعض فكسرت ضمن كل منهما جرار الآخر (الخانية) أنظر شرح المادة (٩٣) وشرحها ولو عثر رجل بالخشب أو الأحجار التي وضعها آخر وهلك ضمن ذلك الشخص ديته. كما سيوضح قريباً.

٣ ـ لكن إذا رفع أحد تلك الأخشاب والأحجار من مكانها ونقلها إلى غيره وحصل بسببها ضرر لزم الضمان هذا الشخص الثاني لأن فعل الأول قد انفسخ.

إيضاح القيود:

القيد الأول، حيوان آخر. هذا القيد ليس احترازياً فلو تلف إنسان لزمت ديته أيضاً. فلو وضع أحد في الطريق العام شيئاً كالحجارة والأخشاب فعثر بها إنسان قضاء وسقط وهلك لزم واضعها ديته (معيار العدالة).

القيد الثاني، عثر به: قد أشير بهذا التعبير إلى ثلاث مسائل: أولها، لو وضع أحد في الطريق العام شيئاً فجفل منه حيوان أي لو فر الحيوان من دون أن يمسه ذلك الشيء وتلف أو لم يتلف الحيوان العاثر بالشيء المذكور وأتلف آخر فلا يلزم ضمان (جامع الفصولين، وعلي أفندي، الخانية).

ثانيها، لو أنشأ بلا إذن ولي الأمر جسراً في الطريق العام على نهر كبير يمر منه فمر شخص عن ذلك الجسر قصداً وعمداً فأصابه ضرر فلا يلزم ضمان. والوجه هو ألا يكون تعمد كما يستفاد من لفظ (عثر).

ثالثها، لو وضع أحد في الطريق العام جذعاً بلا إذن ولي الأمر فأضر بشخص مر عنه متعمداً فلا يلزم لواضع ضمان. لأنه لما كان ذلك الشخص بصيراً وهناك موضع آخر للمرور فيكون بمروره تعمداً قد أتلف نفسه بنفسه وأضر بها تعمداً. أما إذا لم يمر متعمداً كأن كان أعمى أو مر ليلاً كان الواضع ضامناً (مجمع الأنهر، والدر المنتقى، والأنقروي).

٢ ـ لو أحدث أحد طنفاً على الطريق العام الذي أمام داره بلا إذن ولي الأمر وبعد ذلك باع ذلك الشخص تلك الدار من آخر وسلمه اياها فنشأ عن ذلك الشيء المحدث ضرر لزم المتسبب الضمان ولا يخلص منه بالبيع والتسليم (رد المحتار).

٣ ـ لو ألقى أحد ناراً في الطريق العام في يوم شديد الريح فاشعلت الريح النار فاشتعلت وسرت إلى ما يجاورها فأحدثت فيه ضرراً كان ضامناً. أما لو ألقى النار في وقت لا ريح فيه ثم هبت فسرت بهبوبها عليها وتحريكها اياها إلى ما حولها وأحدثت ضرراً فلا يلزم ضمان (البهجة).

٢ ـ لو وضع أحد قدر القطران المغلي في الطريق العام من دون إذن سلطاني فمر رجل أعمى من ذلك الطريق فعثر به وسقط فيه فلحق الأعمى ضرر كان الواضع ضامناً (علي أفندي).

١ ـ لو وضع أحد على حائط جذعاً فسقط وأحدث ضرراً فإن كان لذلك الشخص حق في وضعه فلا يلزم ضمان لأنه لا يكون في هذه الصورة متعدياً (الخانية).

٢ ـ كذلك لو صب أحد في الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن أو القش أو الماء وزلق به حيوان فتلف هو بسقوطه أو تعيب أو تلف الحمل كان ذلك الشخص ضامناً.

مثلاً لو ألقى قشر البطيخ في الزقاق فمر حيوان حاملاً زيتاً فزلقت رجله فتلف الزيت كان ضامناً (الأنقروي). لأنه قد أحدث فعلاً غير مأذون فيه ويلزم من يحدث فعلاً كهذا ضمان الضرر الذي يحدث بسبب فعله (جامع الفصولين).

٢ ـ لو أمر أحد آخر أن يرش أمام حانوته الواقعة على الطريق العام ماء ورشها الآخر فزلقت رجل

حيوان لأحد بسبب ذلك وتلف يضمن الأمر استحساناً. ولا يضمن الراش (رد المحتار، الأنقروي)

إيضاح القيود:

١ ـ بلا إذن، وسبب هذا القيد هو لو أذن ولي الأمر ذلك الشخص بما فعل فليس لأحد معارضته. وعليه فلو أحدث أحد بأمر ولي الأمر في الطريق العام شيئاً كالكنيف أو الجرصن أو كوم أحجاراً أو حفر بئراً أو ترتب على ذلك ضرر لأحد فلا يلزم ضمان. لأنه لما كان لولي الأمر ولاية عامة فمايحدثه أحد بإذنه وأمره في الطريق كان في حكم احداثه اياه في ملكه. لكن يجب على ولي الأمر أن لا يأذن باحداث أشياء تضر بالناس كما لو كان الطريق ذكر آنفاً. (رد المحتار).

٢ ـ الطريق العام، سبب هذا القيد. أنه لما كان الطريق الخاص ملكاً لأصحابه فليس لأجنبي ولا بوجه حق التصرف فيه سواء أكان مضراً أو غير مضر إلا بإذن أصحابه جميعهم. حتى إنه لو أحدث أجنبي بناء في الطريق الخاص بإذن أصحاب الطريق وجاء رجل بعد ذلك وابتاع داراً في ذلك الطريق الخاص فلذلك المشتري أن يأمر الأجنبي برفع البناء المذكور (رد المحتار).

أما تصرف أصحاب الطريق الخاص فلهم التصرف بالوجه الموجود في السكن جملة كوضع الأخشاب. وصب الماء.

مثلاً لو صب أحد من أصحاب الطريق الخاص أمام داره تراباً أو ربط دابة أو وضع حجارة ليدوس عليها حال دخوله الدار وخروجه منها فنشأ عن ذلك ضرر لا يضمن وكذلك لو ألقى أحد أصحاب الطريق الخاص الثلج الذي في داره إلى الطريق فزلق به أحد وترتب ضرر ما على ذلك فلا يضمن. لأن البلوى في هذا عامة. كذلك الحكم في إلقائه في الطريق العام على هذا المنوال أيضاً كما بين سابقاً (الخانية). أنظر المادة (١٢٢).

كذلك لأصحاب الطريق الخاص الجلوس فيها اذا ترتب ضرر ما على ذلك فلا يضمنون أنظر المادة (٩٢٤).

٣ ـ الحيوان، فيما إذا سقط إنسان وزلق هلك تلزم الواضع ديته كما تلزمه لو تمزقت ثيابه بسقوطه ضمان لكن ضمان الضرر الحاصل من سقوط الإنسان إنما يكون فيما إذا استغرق المصبوب أو الموضوع الطريق العام كله ولم يبق محل خال للمرور. أما إذا كان الشيء الموضوع لم يستغرق جوانب الطريق جميعها كأن كان موضوعاً في جانب منها وكان المرور من الجانب الآخر ممكناً ومر المار تعمداً من المكان الذي وضع فيه ذلك الشيء ولحقه بذلك ضرر فلا يلزم الضمان كما قد بين ذلك آنفاً (البزازية، رد المحتار).

انتفاء الضمان: ينتفي الضمان بشيئين أولهما، المرور تعمداً. ثانيهما، كون الوضع والاحداث بأمر ولي الأمر (الدر المنتقى).

لكن لو قيد الإذن المعطى من طرف ولي الأمر بشرط موافق للمصلحة العامة لزم المحدث مراعاة ذلك الشرط.

مثلاً لو أمر ولي الأمر أحداً بحفر حفرة لتجتمع فيها المياه بواسطة مجار مسلطة عليها وشرط أن تحاط

أطراف البئر بأخشاب وأن يوضع عليها قنديل في الليل فعلى الحاضر مراعاة ذلك الشرط فإذا خلفه يعد حافراً بلا إذن ولي الأمر ويلزمه الضمان في حال التلف (معيار العدالة).

﴿المادة ٩٢٨﴾ لو سقط حائط أحد وأورث غيره ضرراً لا يلزم الضمان ولكن لو كان الحائط مائلاً للانهدام قبلاً وكان قد نبه عليه أحد وتقدم الناس لقوله اهدم حائطك وكان قد مضى وقت يمكن هدم الحائط فيه يلزم الضمان ولكن يشترط أن يكون المنبه من أصحاب حق التقدم والتنبيه أي إذا كان الحائط سقط على دار الجيران يلزم أن يكون الذي تقدم للتنبيه من سكان تلك الدار لا يفيد تقدم أحد من الخارج وتنبهه وإذا كان قد انهدم على الطريق الخاص يلزم أن يكون المنبه ممن له حق المرور في ذلك الطريق وإن كان الانهدام على الطريق العام فلكل أحد حق التنبيه.

لو انهدم حائط مائل أو صحيح لأحد على الطريق العام أو الخاص أو على ملك أحد فأورث آخر ضرراً كما لو أتلف حيواناً لآخر فلا يلزم الضمان. لأنه ليس لصاحب الحائط جناية ما في هذا إذ لم يكن مباشر ولا متسبباً متعدياً.

مستثنى: إلا أنه لو بنى أحد حائطاً بناء غير قوي كأن بناه مائلاً للانهدام ومخالفاً لقواعد البناء وانهدم ذلك الحائط وضر بأحد لزم الضمان من دون حاجة إلى التقدم والإشهاد الذي سيبين لأن تعد ابتداء.

لكن يلزم صاحب الحائط ضمان ما أحدثه حائطه من الضرر إذا وجدت الشروط الستة الآتية. أولها أن يكون الحائط قبل انهدامه قد عمل صحيحاً ثانيها، أن يصبح مائلاً للانهدام بمرور الزمان أو ببعض أسباب حادثة وثالثها، أن ينبه شخص آخر صاحب الحائط ويتقدم إليه قائلاً اهدم حائطك فهو مخوف لئلا ينهدم ويحدث ضرراً رابعها، أن يكون قد مضى وقت يمكن هدم الحائط ولم يهدمه ويورث مال آخر كإتلافه اياه بالذات أو بالواسطة. فبما أن صاحب الحائط يكون جانياً بسبب ذلك يلزمه الضمان استحساناً.

وكما ان صاحب الحائط لم يكن متعدياً في إحداثه ولم يكن ميل الحائط بفعله لزم الضمان مع أن القياس عدمه (جامع الفصولين).

إيضاح القيود: هذا التعبير ليس احترازياً فعليه إذا كان الطابق العلوي مثلاً في دار لآخر. فوهن البناء جميعه ومال إلى الانهدام ولم يهدم مع حصول التقدم بالتنبيه بعد ذلك فأتلف حيواناً لأحد ضمن صاحب العلوي الحيوان المذكور. كذلك لو انهدم حائط مائل لانهدام لأحد قبل الإشهاد وكان انهدامه على الطريق العام ثم تقدم إلى صاحب الأنقاض ليرفع تلك الأنقاض فلم يرفعها فعثر بها حيوان لأحد وتلف كان ضامناً (الخانية).

٢ ـ له: إشارة إلى صاحب الحائط. فالصاحب حقيقة أعم من الصاحب حكماً. والتعريف الشامل كلا الصاحبين هو: كل من يقتدر على التصرف في ذلك الحائط وهدمه.

فالراهن والمؤجر صاحبان حقيقة لأن الراهن مقتدر على الهدم بفك الرهن والمؤجر مقتدر على الهدم بفك الرهن والمؤجر مقتدر على الهدم بفسخ الإجارة بالأعذار فالتقدم لهما صحيح . كذلك أحد الشركاء في الملك المشترك صاحب حقيقة . فعليه إذا كان الحائط مشتركاً سواء كان بالإرث ومن جهة أخرى فالتقدم إلى حد الشريكين صحيح في حصة ذلك الشريك (جامع الفصولين).

لأن لأحد الشريكين أن يراجع القاضي ويطلب من الشريك الآخر هدم الحائط وأن يحصل على الحكم بذلك وعليه لو انهدم الحائط بعد وقوع التقدم لأحد الشريكين وأحدث ضرراً ضمن المتقدم مقدار الضرر الذي حصل في حصة من الحائط أي إذا كان يملك نصف الحائط ضمن نصف الضرر أيضاً.

ويقتضي أن يتقدم للوارث لأجل الحائط الذي كان آيلاً للانهدام في حياة مورثه . ولو كانت التركة مستغرقة بالديون ولم يبق للوارث لسبب شيء من ذلك حصته الأرثية (جامع أحكام الصغار).

والواقف والقيم والصغير وولي المجنون أصحاب حكماً. مثلاً إذا مالت حائط من المسقفات ذات الإجارتين والمستغلات الموقوفة يلزم التقدم إلى متولي ذلك الوقف. ولا فائدة من التقدم إلى المستأجر بالإجارتين. أما إذا كانت أبنية الوقف ملكاً وعرصة محكرة من الوقف لزم في هذه الصورة التقدم الى صاحب الأبنية ولا فائدة من التقدم إلى متولي عرصة الوقف (معيار العدالة).

وعليه إذا كان الحائط وقفاً وبعد أن تقدم إلى الواقف أو القيم أي متولي متوقف انهدم الحائط حدث ضرراً لزم ضمان الضرر من مال الواقف. ولا يلزم من مال المتولي كما لا يلزم من مال الوقف لأنها لا ذمة للوقف (رد المحتار).

وإذا كان ذلك الحائط لصغير أو مجنون ووقع التقدم إلى وليه أي إلى من يقتدرون على التصرف في مال الصغير كالأب والجد والوصي (أنظر المادة ٩٧٤) كان صحيحاً. وإذا انهدم الحائط بعد هذا التقدم وأحدث ضرراً لزم ضمان ذلك الضرر من مال الصبي ولا يلزم الضمان من مال الأب أو الجد أو الوصي . سواء اقصروا في نقض ذلك الحائط وفي اصلاحه أو لم يقصروا (الأنقروي).

٣ ـ اهدمه : يفهم من هذا التعريف أن التقدم والتنبيه يحصلان بطلب إصلاح ذلك الحائط. وصورة الإشهاد إذا كان مائلاً إلى الطريق أن يقول واحد من الناس إن حائطك هذا مائل إلى الطريق أو مخوف أو متصدع فاهدمه وإن كان مائلاً إلى مال الغير بقوله ذلك صاحب الدار (الخانية في جناية الحائط المائل).

ولا يحصل بالتقدم بكلام يدل على المشورة والنصيحة كقوله لصاحب الحائط المائل إلى الانهدام اللائق بك هدم هذا الحائط (جامع الفصولين).

٤ ـ الإتلاف بالذات : **مثال لهذا، لو انهدم** ذلك الحائط على حائط جاره فهدمه كان مخيراً على وجه المادة (٩١٨) إن شاء ضمنه **قيمة حائطه** مبنياً **وترك له** إنقاضه **وإن** شاء أخذ انقاضه وضمنه النقصان. ولا يجبر على إنشاء الحائط المذكورة **كالأول**. (جامع **الفصولين**، الأنقروي).

كذلك إذا انهدم ذلك الحائط بعد التقدم إلى صاحبه فسقط على شخص فأتلفه كما أنه لو عثر أحد بانقاض ذلك الحائط فتلف ثم عثر إنسان آخر بذلك القتيل فتلف أيضاً ضمن صاحب الحائط دية الرجلين الأولين. لا تضمن دية الرجل الأخير. لأن رفع النقض وإن كان على صاحب الحائط فلا يعود عليه ريع القتيل بل يعود على أوليائه (الخانية).

٥ ـ الإتلاف بالواسطة: مثال لهذا: لو انهدم ذلك الحائط على حائط جاره الصحيح السالم وهدم ذلك الحائط السالم وأتلف الحائط المذكور مال أحد يضمن صاحب الأول أي الحائط إلى ذلك المال (البهجة).

كذلك لو عثر أحد بانقاض الحائط الأول وتلف ضمن صاحب الحائط الأول دينه لكن لو عثر أحد بأنقاض الحائط الثاني وتلف كان دمه هدراً. لأن أنقاض الحائط الثاني وإن كانت ملكاً لصاحب الحائط الأول فليس صاحبها هذا مقتدراً على دفعها. لكن إذا كان الحائط الثاني ملكاً لصاحب الحائط الأول ضمن صاحب الحائط الأول دية الرجل الذي تلف بعثوره بأنقاض ذلك الحائط الثاني.

أما إذا لم يتلفه هكذا بالذات أو بالواسطة كما لو انهدم الحائط المائل إلى الانهدام بعد التقدم فأجفل حيواناً ففر الحيوان لخوفه واضر بأحد فلا يضمن صاحب الحائط هذا الضرر (الخانية).

إيضاح الشروط الستة:

لما كانت أربعة من هذه قد ذكرت آنفاً مجملة سنذكر أحدها في الفقرة الآتية وحيث ان الشرط السادس لم يذكر في الجملة مطلقاً لزم تفصيل وإيضاح هذه الشروط.

الشرط الأول، كون الحائط مائلاً للإنهدام. وعليه لما كان التقدم والإشهاد قبل صيرورة الحائط مائلاً إلى الإنهدام غير صحيحين فلو انهدم بعد ذلك وأحدث ضرراً فلا يلزم الضمان لعدم وجود التعدي ابتداء وانتهاء كذلك لو كان حائط في أحدهما مائل للانهدام والآخر غير مائل للانهدام ووقع التقدم لأجل الحائط المائل للإنهدام فقط فانهدم الحائط الغير مائل للانهدام وأحدث ضرراً فلا يلزم ضمان.

كذلك لو مال جزء من حائط إلى الانهدام فقط وانهدم ذلك الحائط بعد التقدم والإشهاد وأحدث ضرراً لزم الضمان أما إذا كان الحائط المذكور طويلاً فإنما يلزم ضمان الشيء الذي تلف من الجزء المائل إلى الانهدام من الحائط فقط. ولا يلزم ضمان الشيء الذي تلف في الجهة التي لم يكن مائلاً للإنهدام فيها. لأن الحائط إذا كان طويلاً وكان بدرجة لا يكون ميل بعضه إلى الانهدام سبباً في إنهدام باقيه يكون في حكم حائطين أحدهما واه وغير صحيح والثاني صحيح، والإشهاد والتقدم في الصحيح غير معتبر (الخانية).

وسيأتي ذكر من يلزم أن يكون التقدم إليه:

لا يشترط أن يكون التقدم في حضور المحاكم فالتقدم الذي يقع في حضور غير المحاكم معتبراً أيضاً (علي أفندي).

الشرط الثاني، حصول التقدم، لو انهدم الحائط المذكور قبل التقدم وأحدث ضرراً فلا يلزم الضمان وقد بين هذا الحكم في الفقرة الأولى من هذه المادة.

والإشهاد وإن لم يكن لازماً لتمام التقدم ولكن يجب التقدم بحضور شاهدين معتبرين على الأقل حتى لا يبقى محل للإنكار بعدئذ وعليه لو أقر صاحب الحائط بالتقدم الواقع بالإشهاد لزم الضمان ويلزم في حال الإنكار إثبات التقدم نصاب الشهادة. ويمكن اثبات التقدم بكتاب القاضي أيضاً (الخانية).
تأجيل التقدم والإبراء منه.
دفع الضرر العائد للعموم عاجلاً حق عام.

فعليه ليس لأحد بعد التقدم للضرر الذي من هذا القبيل العائد للعموم أن يؤجل أو يبرىء منه. أنظر المادة (٥٨). انه ليس للحاكم التأجيل والإبراء كما أنه ليس للمتقدم ذلك أيضاً. وعليه لو انهدم ذلك الحائط بعد هذا التأجيل أو الإبراء وأحدث ضرراً فكما أن صاحب الحائط يضمن ضرر المتضرر يكون ضامناً أيضاً إذا لحق الضرر المذكور المؤجل والمبرئ إذ تأخيره لم يقع موقعه لأن هذا المعنى يعتبر في الشركة الخاصة لا العامة (جامع الفصولين).

مثلاً لو مال حائط أحد إلى الانهدام على الطريق العام موقع المتقدم إليه ثم أمهله الحاكم أو الشخص المتقدم في نقض الحائط زيادة عن المدة المبينة في الشرط الرابع فلا يصح امهاله وعليه فلو مرت مدة يمكن فيها نقض الحائط وانهدم قبل مرور تلك المهلة على احد مار في الطريق فأتلفه أو أتلف ماله يضمن صاحب الحائط ولا يخلص من الضمان إذ أن الإمهال والتأجيل غير صحيحين وغير معتبرين شرعاً. أما الإمهال والتأجيل والإبراء لدفع الضرر عن شخص معين فصحيح من قبل ذلك الشخص. مثلاً إذا مال الحائط الى الإنهدام على دار أحد وأمهل ذلك الشخص صاحبه مدة بعد التقدم إليه ليهدمه وانهدم ذلك الحائط على تلك الدار قبل مضي تلك المهلة وأحدث ضرراً فلا يلزم صاحب الحائط ضمان.

أما لو أبرأ هذا المتقدم صاحب الحائط من التقدم كان صحيحاً وإذا انهدم بعد الإبراء واحدث ضرراً لا يضمن وفي هذه الحال يكون تأجيل الحاكم وإبراؤه صحيحين ويكون لهما حكم (جامع الفصولين).

الشرط الثالث، أن يكون للمتقدم له اقتدار على التصرف في الحائط وهدمها. لأن التقدم إلى من لم يكن مقتدراً على هدم واصلاح الحائط المذكور سفه فلا حكم له (النتيجة).

فعليه لا يصح التقدم لمرتهن الحائط المائل إلى الانهدام أو لمستأجره ومستعيره ومستودعه. مثلاً مال حائط دار إلى الإنهدام وتقدم إلى ساكن الدار إجارة أو استعارة ولواضع اليد عليها ارتهاناً أو استيداعاً ثم انهدمت وأضرت بأحد فلا يلزم ذلك الشخص ولا المالك ضمان وينشأ عدم لزوم الضمان لذلك الشخص وعن عدم اقتداره على التصرف كما يشاء عدم لزوم الضمان لصاحب المال وعن كون التقدم يحصل إليه. أما التقدم للرهن مثلاً فصحيح، لأن الراهن مقتدر باصلاحه على إداء الدين واسترداد

الرهن (الخانية). كذلك التقدم لأجل الحائط العائد للقاصرين لأوليائهم صحيح كما قد أوضح آنفاً. لأنهم مقتدرون على اصلاحها (الخانية).

الشرط الرابع، مرور وقت يمكن الهدم فيه بعد التقدم. فعليه لو انهدم الحائط وأضر بأحد بينما كان صاحب الحائط ذاهباً بعد التقدم إليه على هذا الوجه لتدارك العملة للهدم فلا يلزم ضمان لأن المدة اللازمة لتدارك العملة مستثناة شرعاً (رد المحتار).

الشرط الخامس، أن يستمر اقتدار الشخص المتقدم له على التصرف إلى أن ينهدم الحائط المذكور. فعليه لو تقدم لأجل الحائط المذكور ثم خرج من ملك المتقدم له وزال تصرفه منه وانهدم بعد ذلك وأحدث ضرراً فلا يلزم مالكه الأول ولا مالكه الثاني ضمان.

مثلاً لو وقع التقدم لأحد لأجل حائط فوهب ذلك الشخص الحائط المذكور لآخر وسلمه اياه أو باعه منه ثم انهدم فلا يلزم ضمان. حتى لو انهدم الحائط قبل أن يقبضه المشتري. لأن ذلك الشخص لا يقتدر على هدمه بعد البيع. (أنظر المادة ٩٦).

لكن لو باع ما أشرعه في الطريق العام أو ما وضعه فيه من الأشياء من آجر وأحدثت ضرراً لزم الضمان على المشروع والواضع ولا يخلص كما هو مبين في المادة الآنفة بالبيع من الضمان لأن مجرد احداث ذلك في الطريق العام جناية ولا يبطل ذلك بالبيع ولا يزول أثر فعله (الخانية في فصل جناية الحائط).

ولا يعود التقدم بعد البطلان: أي لو عاد الملك للمتقدم إليه بعد بطلان التقدم بأحد الوجوه كالهبة والتسليم والبيع فلا يعود حكم التقدم الباطل. (أنظر المادة ٥١).

مثلاً لو باع المتقدم له ذلك الحائط من آخر ثم رد إليه بخيار العيب سواء رد بحكم الحاكم أو بدونه أو كان للمشتري خيار شرط فرده به أو رده بخيار الرؤية وانهدم بعد ذلك وأحدث ضرراً فلا يلزم الضمان بسبب التقدم السابق.

أما إذا كان خيار الشرط للبائع وانهدم الحائط في مدة الخيار وأضر لزم الضمان. لأن خيار الشرط للبائع لا يزيل اقتداره على اصلاح ذلك الحائط (أنظر المادة ٣٠٨).

لكن لو سقط البائع خياره فأصبح البيع لازماً ثم انهدم الحائط واحدث ضرراً فلا يلزم ضمان (أنظر المادة ٢٠). لأن الحائط قد خرج من ملكه.

كذا لو جن المتقدم له بعد التقدم جنوناً مطبقاً ثم انهدم الحائط وأحدث ضرراً يبطل التقدم المذكور بسبب زوال حق المجنون في التصرف واقتداره على هدمه بمقتضى مادتي (٩٥٧ و ٩٧٩). ولا يعود التقدم الباطل بعد افاقة المجنون وعودة ولاية التصرف له على ذلك الحائط (الخانية بتصرف).

كذلك لو وقع التقدم لولي الصبي أو وصيه لأجل حائط للصبي مائل إلى الإنهدام فبلغ الصبي أو مات الولي أو الوصي المذكور وانهدم الحائط بعد ذلك فلا يلزم الضمان أحداً.

لأن ولاية الولي أو الوصي تزول ببلوغ الصبي أو بوفاة الولي أو الوصي (جامع أحكام الصغار)

كذلك لو وقع التقدم لمتولي الوقف وتوفي بعد ذلك المتولي المذكور أو عزل فلا يبقى حكم للتقدم تجديد التقدم بعد بطلانه لا شبهة في أنه لو حصل التقدم على طوله تكراراً بعد بطلان التقدم بأخذ الأسباب المتقدمة كما لو حصل التقدم تكراراً في المسألة الآنفة للمتولي اللاحق وانهدم بعد ذلك وأحدث ضرراً لزم الضمان (معيار العدالة).

الشرط السادس، كون المتقدم من أصحاب حق التقدم. هذا الشرط يوضح بالفقرة الآتية: وتختلف أصحاب حق التقدم بالنسبة إلى الضرر الذي يورثه ذلك الحائط. ويكون الحائط مائلاً أما إلى دار أحد أو إلى طريق عام أو طريق خاص. وعليه إذا انهدم على دار جاره أو دكانه يجب أن يكون المتقدم من سكان تلك الدار أو تلك الدكان.

ويدل تعبير من سكانها على أن للساكن في تلك الدار أو الدكان التقدم سواء أكان صاحبها أو مستأجراً لها أو مستعيراً يجوز له التقدم. لأن الضرر الحادث بالإنهدام عائد وراجع إليه (جامع الفصولين). وإذا تعدد سكانها فكما أن تنهدم جملة صحيح فتقدم أحدهم فقط صحيح أيضاً.

فعليه إذا مال حائط إلى الإنهدام على دار مشتركة بين جماعة وانهدم بعد أن تقدم الجماعة أو تقدم أحد لصاحبه فأمر بمال لتلك الجماعة أو بمال لغيرهم كان صاحبه ضامناً (الأنقروي).

وتقدم أحد من الخارج وتبين غير مفيد يعني ليس للجار حق تضمين صاحب الحائط بتقدم أحد من الخارج.

وكذلك إذا وجد حمل لأحد الشريكين في الحائط المشترك ولم يوجد للآخر حمل ومال الحائط إلى ملك الشريك الذي ليس لصاحبه حمل على الحائط وتقدم هذا الشريك إلى صاحب الحمل ونبهه كان صحيحاً ثم انهدم الحائط وأحدث ضرراً للمتقدم ضمن صاحب الحمولة نصف الضرر (جامع الفصولين ، والخانية في الحيطان).

وإذا هدم على طريق خاص فيلزم أن يكون من الأشخاص الذين لهم حق المرور من تلك الطريق. ويكفي التقدم من هؤلاء ولو وقع من أحدهم لكفى.

وإذا انهدم في الطريق العام فلكل أحد حق التقدم سواء أكان عاقلاً بالغاً أم صبياً مأذوناً رجلاً أو امرأة مسلماً أو غير مسلم. (رد المختار، والخانية) وتقدم الصبي وإن كان كافياً لأنه يلزم أن يكون مأذوناً. مثلاً إذا كان حائط أحد مائلاً للإنهدام على ملك لآخر ولم يكن مائلاً للإنهدام على الطريق العام ولا مخوفاً وتقدم صاحب الدار إلى ذلك الشخص ثم انهدم بعدئذ على الطريق العام فأحدث ضرراً لأحد فلا يلزم ضمان (جامع الفصولين).

اجتماع ضررين: قد يجتمع ضرران من هذه الأقسام الثلاثة التي تنشأ عن الإنهدام مثلاً يمكن أن يكون بعض الحائط الواحد مائلاً إلى الانهدام على الطريق العام وبعضه مائلاً إلى الانهدام على دار أحد. وعلى هذا التقدير لو انهدم القسم المائل إلى الدار عليها فأحدث ضرراً كان صاحب الحائط ضامناً لأن هذا الحائط لما كان واحداً وصاحب الدار أحد العامة في القسم المائل إلى الطريق متقدمه

وتنبيهه صحيحان وفي هذه الصورة إذا لم يتندم صاحب الدار به تقدم غيره من العامة كان صحيحاً في القسم المائل إلى الطريق وعليه في أنه لما كان تقدمه في القسم المائل إلى الطريق صحيحاً فهو صحيح في الكل أيضاً (الخانية في جناية الحائط).

الفروق بين الحائط المائل إلى الطريق وبين الحائط المائل إلى ملك انسان:

الخلاصة، يوجد فرق بين الحائط المائل إلى الطريق وبين الحائط المائل إلى ملك انسان في حكمين

الحكم الأول، أن التقدم للحائط المائل إلى ملك انسان إنما يكون من صاحب ذلك الملك. ولا حكم للتقدم من آخر.

الحكم الثاني، إن التأجيل والإبراء من المتقدم للحائط المائل إلى ملك انسان بعد تقدم صحيحان. أما التأجيل والإبراء، بعد التقدم للحائط المائل إلى الطريق العام فلا يصحان من أحد.

الفصل الرابع

في جناية الحيوان

سنذكر في هذا الفصل بعض المسائل في جناية الحيوانات . ولما كانت المجلة لم تذكر مسائل متعلقة بجناية الحيوانات فسنأتي على ذلك في آخر هذاالكتاب إتماماً للفائدة . إن مسائل هذا الفصل مؤسسة على القواعد الثلاث الآتية .

القاعدة الأولى ، إذا كان المتسبب متعدياً كان ضامناً وإلا فلا كما هوموضح في المادة (٩٢٤).

القاعدة الثانية ، المباشر ضامن ولو لم يكن متعدياً على ما هو مبين في المادة (٩١٢).

القاعدة الثالثة ، لكل حق المرور في الطريق لكن بشرط السلامة على ما هو موضح في المادة (٩٢٦) .

وقد أشير في شرح المواد الآتية إلى كيفية تفرع المسائل من القواعد الثلاث هذه وقيامها عليها .

﴿مادة ٩٢٩﴾ الضرر الذي أحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه (راجع مادة ٩٤) ولكن لو استهلك حيوان مال أحد ورآه صاحبه ولم يمنعه يضمن ويُضمن صاحب الحيوان ذي الضرر المتعين كالثور النطوح والكلب العقور ما أتلفه إذا تقدم أحد من أهل محلته أو قريته بقوله امسك حيوانك ولم يمسكه .

إن الضرر والجناية اللذين يوقعهما الحيوان (أي كل حيوان ما عدا الإنسان) هدر ما لم ينسبا إلى صاحبه .

فعليه لا يضمن صاحب الحيوان ما أوقعه حيوانه على الوجه المذكور سواء في الليل أو في النهار (أنظر المادة ٩٤) . لأنه قد جاء في الحديث الشريف (العجماء جرحها جبار) أي هدر ولا يلزم شيء . وقد ورد على رواية أخرى (العجماء جبار) . معناه اتلاف البهيمة بأي وجه كان يجرح أو بغيره جبار أي هدر لا شيء فيه .

وقال الإمام الأعظم مستدلاً بهذا الحديث الشريف بالإضمان في الشيء الذي تتلفه البهائم .سواء وجد جرح أم لم يوجد وسواء أحدث ذلك ليلاً أم نهاراً وسواء أكان مع البهيمة صاحبها أم لم يكن لأن الحديث الشريف المذكور عام والواجب العمل بالعام على عمومه ويلزم الضمان أيضاً عند الأئمة الثلاثة إذا وجد مع الحيوان صاحبه أو مستأجره أو مستعيره أو مستودعه أو غاصبه ومن اليهم (العيني شارح البخاري) .

مسائل تتفرع من هذا :

أولاً ، لو دخل أحد إلى دار آخر بإذنه فعض كلب عقور أو دابة مؤذية ذلك الشخص أو تلفت ماله فلا يلزم صاحب الدار (الخانية) .

ثانياً، لو وطأ بعير لأحد وهو في المرعى وأهلكه بدون أن يكون لصاحبه في ذلك صنع بعيراً لآخر فلا يلزم صاحب البعير الأول ضمان.

ثالثاً، لو استهلك حيوان لأحد بدون صنع صاحبه زرعاً لآخر فلا يلزم صاحبه ضمان (علي أفندي، المجموعة الجديدة).

رابعاً، لو نخس أحد كفل دابة أثناء المساومة فرفسته الدابة وحصل له ضرر بذلك فلا يضمن صاحب الدابة الضرر (البهجة).

خامساً، لو دخل أحد مكاناً فعضته كلاب لأهل ذلك المكان وأضرت به فلا يلزم أهله ضمان بأنه لم يكن قد حرشها أحدهم به (جامع الفصولين).

سادساً، لو وضع أحد خلايا نحله في أطراف بستان لآخر فاقترب فرس صاحب البستان من الخلايا فخرج النحل منها وأهلكه فلا يلزم صاحب النحل ضمان (علي أفندي).

سابعاً، لو أفلت فرس أحد المسافرين النازلين في منزل وكسر رجل فرس لمسافر آخر نازل في هذا النزل فلا يلزم ضمان (علي أفندي).

ثامناً، لو ألقى أحد هرة على دجاجة لآخر فلم تختطفها الهرة حين الإلقاء بل خطفتها بنفسها بعد توقف برهة فلا يلزم ضمان (جامع الفصولين).

تاسعاً، لو أفلت الحيوان على ما هو مذكور في الفقرة الأخيرة من المادة (٩٣١) ودخل ملك الآخر بنفسه وأحدث ضرراً فلا يلزم ضمان.

عاشراً، إذا ربط أحد حيوانه في ملكه على ما بين في المادة (٩٣٨) فجاء آخر وربط حيوانه هناك بلا إذنه رفس حيوان صاحب الملك ذلك الشخص وتلف فلا يلزم ضمان.

الحادي عشر، إذا ربط إثنان حيوانيهما في محل لهما حق الربط فيه حسب المادة (٩٣٩) فأتلف أحد الحيوانين الآخر فلا يلزم صاحب الحيوان المتلف ضمان.

الثاني عشر، لو ربط إثنان حيوانيهما في محل ليس لهما حق الربط فيه وأتلف حيوان الرابط أولاً، حيوان الثاني فلا يلزم ضمان.

الثالث عشر، لو كان أحد ممسكاً رسن فرسه في الطريق العام على الوجه المعتاد فجاء أحد من خلف الفرس ونخسه فرفسه وأتلفه بدون صنع صاحبه فلا يلزم صاحب الفرس دية (معيار العدالة).

الرابع عشر، لو أفلت فرس لأحد بدون صنعه وفر فلحق شخص ذلك الفرس وأراد امساكه فرفس الفرس ذلك الشخص وأتلفه فلا يضمن صاحب الفرس دية ذلك الشخص (عيار العدالة).

الخامس عشر، لو رفس الحيوان البيطار وهو ينعله فلا يضمن صاحب الحيوان دية البيطار (معيار العدالة).

السادس عشر، لو رفس أو صدم حيوان أحد سائسه وأتلفه فلا تلزم صاحب ذلك الحيوان دية (معيار العدالة).

السابع عشر، لو أتلف حيوان أحد وهو يرعى في المرعى أحداً اقترب منه برفسه أو صدمه اياه فلا يضمن صاحب الحيوان دية ذلك الشخص (معيار العدالة).

الثامن عشر، لو جمح الحيوان فلم يستطع كبحه باللجام فأتلف شخصاً فلا يلزم راكبه دية (معيار العدالة).

جاء في هذه المادة بنفسه. لأنه لو ساق أحد حيوانه إلى زرع آخر وأدخله فيه فأفسد الزرع ضمن. لكن لو سيب أحد حيوانه ودخل الحيوان من دون أن يسوقه أو يتبعه ومن دون أن يعطف الحيوان يميناً أو شمالاً زرع آخر وأفسده لزم الضمان إن لم يكن ثمة طريق آخر (الخانية). أنظر المادة (٩٣٥).

كذلك لو ساق أحد غنمه وأدخلها في كروم لآخر وأطعمها عنبها فكما أنه يضمن فلو اقترب بها إلى حيث يمكنها أكلها إن شاءت وأكلته الغنم بالفعل فإنه يضمن أيضاً (جامع الفصولين).

وفي هذه الحال تقوم الأرض تارة مع الزرع النابت وأخرى بدونه والتفاوت بين القيمتين هو حصة الزرع المتلف ويضمنه الراعي (علي أفندي).

لكن يستثنى بعض المسائل من حكم هذه المادة وإليكها:

أولاً، إذا رأى صاحب الحيوان حيوانه بينما كان يستهلك مالاً لآخر ولم يمنعه يضمن لأن فعل الحيوان ينسب إلى صاحبه كما أن نفعه يعود إليه وعدم منعه الحيوان من ذلك مع إمكان المنع مما يقوى علة الضمان. وإذا استهلك الحيوان قسماً من ذلك المال قبل أن يراه صاحبه واستهلك القسم الباقي منه بعد رؤيته اياه يلزمه ضمان هذا الباقي فقط كما هو الظاهر (الشارح).

قد وقع الاختلاف بين العلماء في لزوم الضمان في هذه الفقرة والقول الصحيح هو لزوم الضمان وقد اختارته المجلة (الأنقروي).

أما إذا كان قد رأى الحيوان غير صاحبه ولم يمنعه فلا يلزم الرائي ضمان. والفرق بينهما هو أن منفعة أكل الحيوان لما كانت راجعة إلى صاحبه ينسب الفعل إليه أما منفعته ما يأكله حيوان أحد ما فبما انها لا ترجع إلى غيره فلا ينسب فعله إلى الغير (حاشية جامع الفصولين).

ثانياً، ويضمن صاحب الحيوان الذي ضرره متعين كالثور النطوح والكلب العقور ما أتلفه بعد أن قدم إليه أحد من أهل حيه أو قريته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه. أما ضرره قبل التقدم فلا يضمنه (البهجة).

والضرر المقصود هو الضرر الذي يقع على بني آدم كما أشير إلى ذلك شرحاً. أما التقدم لأجل الضرر الذي يقع على غير الآدمي كالحيوان الذي هو مال فلا يفيد: فعليه لا يلزم ضمان الضرر الذي يوقعه الحيوان بعد التقدم (رد المحتار في جناية البهيمة والجناية عليها).

والحاصل، إن كل شيء يكون تلف الآدمي ملحوظاً فيه فالتقدم لأجله مفيد وإذا تلف بعد التقدم إنسان بسبب ذلك فكما أنه تلزم تأدية الدية يلزم تبعاً لهذا ضمان الأموال أيضاً. أما الشيء الذي يلحظ فيه تلف المال فقط فالتقدم لأجله غير مفيد ولا موجب للضمان (التنقيح).

مثلاً لو كان كلب لأحد اعتاد أكل العنب فقال له الجيران امسكه لئلا يأكل عنبنا ولم يمسكه وأكل العنب فلا يلزم ضمان (رد المحتار).

﴿مادة ٩٣٠﴾ لا يضمن صاحب الدابة التي أضرت بيديها أو رأسها أو ذيلها أو رجلها حصل كونها في ملكه راكباً كان أو لم يكن.

وسواء أكان قائداً أو سائقاً أو لم يكن وسواء ضربت بيديها أو ذيلها أو رفست برجليها أو عضت بفمها لأن ذلك الشخص ليس مباشراً ذلك بل متسبباً. به ولما لم يكن من تعد في هذا التسبب فلا يلزمه الضمان أنظر القاعدة الأولى المذكورة قبيل المادة (٩٢٩).

١ ـ في ملكه، يفهم من ذكر لفظ الملك مطلقاً هو أن الحكم على وتيرة واحدة فيما إذا كان المال ملكاً خاصاً لذلك الشخص أو كان بالإشتراك مع غيره. لأن كل ذي حصة في الملك المشترك مقتدر على تسيير الدابة وإيقافها فيه (رد المحتار).

٢ ـ صدم، والسبب في استعمال هذا التعبير هو أنه لو وطأ الحيوان الذي ركبه ذلك الشخص شيئاً بيده أو برجليه أو داسه وتلف لزم الراكب الضمان كما هو مذكور في المادة (٩٣٦) لأنه يكون قد أتلف الشيء مباشرة.

﴿مادة ٩٣١﴾ إذا أدخل أحد دابته في ملك غيره بإذنه لا يضمن جنايتها في الصور التي ذكرت في المادة الآنفة حيث إنها تعد كالكائنة في ملكه وإن كان أدخلها بدون إذن صاحبه يضمن ضرر تلك الدابة وخسارها على كل حال يعني حال كونه راكباً أو سائقاً أو قائداً أو موجوداً عندها أو غير موجود أما لو افلتت بنفسها ودخلت في ملك الغير واضرت فلا يضمن.

لو أدخل أحد حيوانه في ملك لآخر فإذا أدخله بإذن صاحب الملك المذكور لا يضمن جنايته في الصور التي ذكرت في المادة الآنفة أي مادة (٩٣٠) حيث إنها تعد كالكائنة في ملكه يعني لو أن الحيوان المذكور صدم أحداً بيده أو برأسه أو بذيله أو بطرفه الآخر ورفس برجله أوعض بفيه وأضر به لا يضمن. لأن صاحب الحيوان وإن كان متسبباً بهذه الجناية فليس متعدياً لكونه قد أدخل الحيوان بإذن صاحب الملك. أنظر القاعدة الأولى التي في شرح هذا الفصل (الخانية).

كذلك لو أدخل أحد حيوانه بإذن صاحب الملك على الوجه المذكور وأحدث الحيوان أضراراً وصاحبه لم يكن عنده فلا يضمن الجنايات المذكورة. أما الحال المبينة في فقرة (أما إذا كان ذلك الشخص راكباً عليها... ألخ) في شرح المادة الآنفة فيكون فيها بمقتضي هذه المادة ضامناً أيضاً (رد المحتار).

وإذا أدخله بدون إذن صاحب الملك سواء كان راكباً أو قائداً أو سائقاً أو واقفاً وسواء أكان قد ذهب صاحبه بعد إدخاله ولم يبق عنده أم لم يذهب يضمن الضرر والخسار اللذين أحدثهما الحيوان على كل حال (البهجة) لأن كون ذلك الشخص يكون متسبباً متعدياً حينئذ.

كذلك لو ربط أحد حيوانه في ملك لآخر من دون إذنه فأحدث الحيوان ضرراً لدى جولاته

ضمن دائرة الحبل الذي ربط به كان ضامناً (جامع الفصولين).

أما إذا انطلق الحيوان ودخل بنفسه في ملك لآخر وأحدث ضرراً فلا يضمن صاحبه هذا الضرر على ما هو مبين في الفقرة الأولى من مادة (٩٢٩). إن تعبير ملكه في هذه الفقرة ليس احترازياً فلو أحدث ضرراً كهذا في الطريق العام لا يضمن أيضاً (رد المحتار).

مثلاً لو أفلت حيوان أحد بنفسه ليلاً أو نهاراً أي بغير إرسال المالك أو أفسد زرعاً لآخر فلا يلزم ضمان (الهندية في الباب الثالث).

﴿المادة ٩٣٢﴾ لكل أحد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه أيضاً فلذلك لا يضمن المار راكباً على حيوانه في الطريق العام الضرر والخسارة اللذين لا يمكن التحرز عنهما مثلاً لو انتشر أو تطاير من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الآخر ورفست برجلها المؤخرة أو لطمت بذيلها وأضرت لا يلزم الضمان ولكن يضمن الراكب الضرر والخسارة اللذين وقعا من مصادمتها ولطمة يدها أو رأسها لإمكان التحرز من ذلك.

لكل حق المرور في الطريق العام بحيوانه كما أن له حق المرور راجلاً على ما هو مذكور في المادة (٩٢٦).

وعليه لا يضمن المار راكباً حيوانه في الطريق العام الضرر والخسارة اللذين يولعهما الحيوان بنفسه ولا يمكن التحرز عنهما. أنظر المادة (٩١).

مثلاً لو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين أو حصى أثناء سيرها في الطريق العام بينما كان صاحبها راكباً على الوجه المعتاد فلوث أثواب الآخر أو مزقها أو رفست برجلها أو لطمت بذيلها وأضرت لا يلزم الضمان (رد المحتار). لأن ذلك من ضروريات المسير فلا يمكن التحرز عنه.

إيضاح القيود:

١ ـ الطريق العام، قوله الطريق العام فيه أنظر إلى المقام. وإلا فلو وقعت الحالات المبينة في المثال المذكور في غير الطريق العام يعني لو وقعت في ملكه الخاص أو في الملك المشترك بينه وبين آخر فليست موجبة للضمانة لأن الراكب في هذا غير مباشر وإنما هو متسبب غير متعد (رد المحتار).

٢ ـ أثناء سيرها، هذا القيد احترازي لأنه لو أوقف الدابة في الطريق العام وأحدث ضرراً لزم الضمان كما هو مصرح في المادة (٩٣٤).

٣ ـ بنفسه، هذا القيد احترازي لأنه لو جفل الراكب الحيوان بضربه ومعاملته اياه بشدة أو ركضه فأحدث ضرراً كهذا كان ضامناً (رد المحتار) لأن الراكب قد كان في هذه الحال متسبباً ومتعدياً. كذلك لو ضيق بغال على بغله بالقرب بينما كان ماراً به في الطريق العام فأصاب الحمل الذي على ظهر الدابة

الأشياء المعروضة أمام الدكان وقد وضع مقدار من الأكواب فكسرت الأكواب كان البغال ضامناً (المجموعة الجديدة).

ويضمن الضرر والخسارة اللذين يمكن التحرز عنهما مثلاً يضمن الراكب الضرر والخسارة اللذين وقعا من اصطدامها أو لطمة يدها أو رجلها أو رأسها لإمكان التحرز من ذلك لأن التحرز من ذلك ممكن بالاحتراز (مجمع الأنهر).

لكن ما يجنيه عليه أحد من الأضرار هدر. مثلاً لو حمل أحد في عجلة النقل حطباً وبينما هو مار بها في الطريق العام اقتحم العجلة فارس فأصابت الحديدة التي في مقدم العجلة بطن فرسه فأتلفته لا يلزم صاحب العجلة ضمان (علي أفندي).

إيضاح القيود:

١ ـ المصادمة، الضرب بالجسد، يعني لو اصطدم جسم الحيوان بشيء فاضربه كان ضامناً.

٢ ـ رجله الأمامية، قوله رجله الأمامية ليس احترازاً فلو اصطدم بشيء برجله الخلفية يعني لو حصل الإصطدام يرفع الحيوان رجله أو لوضعه اياها على الأرض أو دوسه برجله شيئاً كان ضامناً.

٣ ـ برأسه، يعني لو حدث ضرر باصطدام رأسه بشيء أو بعضه اياه أو بتطاير أحجار كبار من حوافره كان ضامناً.

والحاصل، إن الراكب يضمن في الطريق العام الأضرار الآتية التي يحدثها الحيوان، (١) الأضرار التي تنشأ عن مصادمته (٢) عن لطمة يده (٣) عن رفسة رجله (٤) أو صدمه رأسه (٥) أو عضه (٦) تطاير حجر كبير من رجله (٧) بالوطء بيده أو برجله.

﴿المادة ٩٣٣﴾ القائد والسائق في الطريق العام كالراكب يعني لا يضمنان إلا ما يضمنه الراكب من الضرر

فعليه لو وضع أحد خابية أمام الدكان فمر حيوان الآخر المحمل عشباً فصدمها وكسرها لزم الضمان (جامع الفصولين).

والحكم في المرتدف على هذا المنوال أيضاً (رد المحتار).

ولا يضمن القائد والسائق الضرر الذي يضمنه الراكب. مثلاً لو قاد أحد فرسه في الطريق العام فجاء أحد من وراء الفرس ونخسه الفرس وأضر به فلا يضمن صاحبه (علي أفندي).

سقوط شيء من على ظهر الحيوان وإحداثه ضرراً:

لكن لو سقط من ظهر الدابة شيء كالسرج بينما كان يسوقها وأحدث ضرراً فإذا لم يكن الشخص قد أحكم ربطه يضمن لأنه متعد.

اجتماع القائد والسائق: لو وطأ حيوان في قطار من الدواب يقوده أحد شيئاً لزم الضمان. وإذا

وجد مع هذا القائد سائق كان السائق والقائد شريكين في الضمان (رد المحتار).

﴿المادة ٩٣٤﴾ ليس لأحد حق توقيف دابته أو ربطها في الطريق العام بناء عليه لو وقف أو ربط أحد دابته في الطريق العام يضمن جنايتها على كل حال سواء رفست بيدها أو رجلها أو جنت بسائر الوجوه وأما المحال التي اعدت لتوقيف الدواب كسوق الدواب ومحل وقوف دواب الكراء فمستثناة.

ليس لأحد توقيف دابته أو ربطها في الطريق العام أو في باب المسجد. لأن الطريق العام معد للمرور والعبور فتوقيف الحيوان فيه إخلال بحق المرور الذي هو حق لكل أحد وباعث على الإضرار بالعامة. فعليه لو وقف أحد حيوانه في الطريق العام أو عند باب المسجد أو ربطه يضمن جنايته على كل حال كما في الأحوال المذكورة في المادة (٩٣٢) سواء رفست بيدها أو رجلها أو جنت بسائر الوجوه لأن ذلك الشخص يكون متعدياً بتوقيفه حيوانه في مكان ليس معداً لذلك. أنظر إلى القاعدة الأولى المذكورة في شرح هذا الفصل.

مستثنى: الا انه يمكنه توقيف الحيوان في الطريق العام للروث او للبول او بسبب ازدحام او لضرورة اخرى. لأن الحيوان لا يبول ولا يروث ما لم يقف فعليه لو وقف الحيوان بنفسه لاجراء ذلك او اوقفه راكبه واحدث ضرراً باحد فلا يلزم ضمان. كذلك لو وقف الحيوان للازدحام او لضرورة اخرى ينظر فاذا كانت العودة والتخلص ممكنين اي اذا كان الرجوع الى الوراء ممكناً او كان في الامكان شق طريق له في هذا الازدحام والمسير فيها لزم الضمان والا فلا (رد المحتار).

اما المحال المعدة والمعينة لوقوف الحيوانات بامر ولي الامر كسوق الدواب والامكنة التي يقف فيها دواب الكراء او المواضع المختصة بوقوف الحيوانات في باب المسجد فمستثناة وكذلك الجبال التي في خارج البلد والقفر. يعني يجوز وقف الحيوان في هذه المحال سواء كان صاحبه راكباً او قائداً او سائقاً.

فعليه لو وقف احد حيوانه في محال كهذه واحدث ضرراً فلا يضمن لانه لما كان وقف الحيوان فيها يصبح جائزاً بامر ولي الامر فلا يكون تعدياً. لذلك لا يكون موجباً للضمان (الخانية). انظر المادة (٩١).

كذلك لو وقف احد حيواناً في المفازة اي في غير محجة الطريق (اي في غير الطريق الواسع) واحدث ضرراً فلا يلزم ضمان. ولو لم يوجد اذن من ولي الامر بذلك (الخانية، علي افندي) انظر القاعدة الاولى المذكورة في شرح هذا الفصل.

اما لو سير الفرس في المحال المعدة لوقف الحيوانات على الوجه المذكور آنفاً واحدث ضرراً وخسارة لزم الضمان سواء اكان قائداً ام سائقاً. لأن الذي يسير الفرس على هذا الوجه يكون متسبباً متعدياً.

والحاصل، كما ان وقف الحيوان في المحال التي لا حق له في الوقف فيها موجب للضمان فالسير في المحل المخصوص لوقف الحيوان مستلزم للضمان.

﴿مادة ٩٣٥﴾ - (من ترك لدابته الحبل على الغارب في الطريق العام يضمن الضرر الذي احدثه).

لو سيب احد حيوانه في الطريق العام وكان مما لم يعتد تسييبه في الطريق العام يضمن ذلك الشخص ضرر ذلك الحيوان في كل حال كما هو مروي عن ابي يوسف والقول المفتي به هو هذا القول والظاهر من عبارة المجلة انها قبلت هذا القول ايضاً. اما عند الفقهاء الاخرين فالمسألة محتاجة الى التفصيل. فلو سيب احد دابته فدخلت في زرع آخر واحدثت ضرراً ينظر فاذا كانت قد احدثت الضرر بينما كان هو يمشي وراءها يضمن ذلك الشخص ضررها بالاتفاق لانه الحامل لها اما اذا سيبها ولم يتبعها واحدثت ضرراً من دون ان تعرج يميناً او شمالاً ومن دون ان تقف وهي سائرة في سمت واحد كان ضامناً اذا لم يكن ثمة طريق آخر. «فما دامت في فورها فسائق حكماً». واذا كان ثمة طريق آخر فلا يضمن.

كذلك لو سيب احد دابته في الطريق العام وبعد ان توقفت عن المسير مدة سارت وحدها بعد ذلك واحدثت ضرراً لا يضمن لانه انقطع السوق (الخانية، التنوير وشرحه للعلا لي).

كذا لو القى احد في الطريق العام هامة من الهوام المؤذية كالثعبان فاضر باحد فاذا اضرت به في المكان الذي القيت فيه يضمن ذلك الشخص وكذا لو ارسل رجل كلباً فاصاب في فوره انساناً فقتله او مزق ثيابه ضمن المرسل (الهندية، الخانية).

أما لو أحدث الضرر بعد مزايلته المكان الذي القى فيه فلا يضمن ذلك الشخص هذا الضرر.

كذلك لو وضع أحد جمرة في الطريق العام واحترق بها شيء فإذا احترق في المكان الذي وضعها فيه يضمن أما لو نقل الريح تلك الجمرة إلى مكان آخر واحترق بها شيء فلا يضمن (الخانية).

﴿مادة ٩٣٦﴾ لو داست دابة مركوبة لأحد على شيء برجليها الأماميتين أو رجليها الخلفيتين في ملكه أو في محل آخر وأتلفه يعد الراكب قد أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن على كل حال.

سواء أكانت مركوبة أو مسوقة أو مقادة وسواء أكان في ملكه على وجه المادة (٩٣) أو كان في ملك آخر وقد دخله باذن صاحبه بموجب المادة (٩٣١) او في الطريق العام على وجه مادتي (٩٣٢ و ٩٣٣).

ويجري الحكم المذكور في السائق والقائد أيضاً. مثلاً لو داس الحيوان شيئاً بإحدى رجليه الأماميتين أو بإحدى رجليه الخلفيتين أو عضه فتلف ضمن ذلك الشخص هذا الضرر (البهجة). لأن

المباشر ضامن ولو لم يتعمد لما كان هذا التلف قد نشأ مباشرة فلو كان المتلف إنساناً وكان الراكب وارثاً له حرم الوارث من الإرث.

إذا اجتمع الراكب والسائق يعني لو كان أحد راكباً على حيوان وآخر سائقاً له ووطأ ذلك الحيوان شيئاً فالضمان عند بعض الفقهاء يلزم الراكب المباشر وليس السائق المتسبب وعند آخرين يضمن الراكب والسائق كلاهما بالإشتراك (رد المحتار).

﴿مادة ٩٣٧﴾ لو كانت الدابة جموحاً ولم يقدر الراكب على ضبطها وأضرت لا يلزم الضمان.

إذا كانت الدابة جموحاً ولم يقدر الراكب على ضبطها وامساكها ومنعها عن الضرر فلا يلزم الضمان. ولو كان الراكب سكران. لأنه لا يضاف في هذه الحال سير الحيوان الى راكبه فلذلك لا تمكن نسبة الضرر الحاصل لصاحبه لكن اذا اختلف في هذا الخصوص، يعني لو ادعى الراكب انه لم يقدر على ضبط الحيوان وادعى المتضرر قدرة الراكب على ذلك واختلفا على هذا الوجه فالقول للخصم يعني للمتضرر أما البينة فعلى الراكب. لأنه لا فائدة في انكار اصل الضمان في اثناء الدعوى بعد تحقق سبب الضمان (الدر المختار ورد المحتار).

﴿مادة ٩٣٨﴾ - (لو أتلفت الدابة التي قد ربطها صاحبها في ملكه دابة غيره التي أتى بها صاحبها وربطها في ملك ذلك الشخص بلا إذنه لا يلزم الضمان وإذا أتلفت تلك الدابة دابة صاحب الملك يضمن صاحبها).

لأن صاحب الملك ليس مباشراً لهذا التلف فليس بمتسبب متعد لكونه قد ربط دابته في ملكه. أنظر المادة (٩٣٩).

إما إذا تلفت الدابة التي ربطها الآخر بدون إذن دابة صاحب الملك فيضمن صاحبها لأنه متسبب، أنظر إلى القاعدة الأولى المذكورة في شرح هذا الفصل.

كذلك لو كانت سفينة على الشاطيء ومربوطة به فجاءت سفينة لآخر فاصطدمت بها فانكسرت احداهما فإذا انكسرت السفينة الأولى ضمن صاحب الثانية. أما إذا انكسرت الثانية فلا يضمن صاحب الأولى (جامع الفصولين).

﴿مادة ٩٣٩﴾ إذا ربط شخصان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه فأتلفت إحدى الدابتين الأخرى فلا يلزم الضمان مثلاً لو أتلفت دابة أحد الشريكين في دار دابة الآخر عندما ربطاهما في تلك الدار لا يلزم الضمان.

سواء أكانت الهالكة منهما هي المربوطة أولاً أم المربوطة ثانياً. إذا لم ينقلها من مكان إلى مكان آخر (الهندية في الباب الرابع عشر من الغصب).

مثلاً لو أتلفت دابة أحد الشريكين في دار دابة الآخر عندما ربطاهما في مكان من تلك الدار لا يلزم ضمان الدابة المتلفة صاحب الدابة الأخرى لأنهما وإن كانا متسببين فليسا بمتعديين. أنظر المادة (١٠٦٩).

﴿مادة ٩٤٠﴾ لو ربط إثنان دابتيهما في محل ليس لهما فيه حق رباط حيوان وأتلفت دابة الرابط أولا دابة الرابط مؤخراً لا يلزم الضمان وإذا كان الأمر بالعكس يلزم الضمان

كما لو ربطاهما في الطريق العام أو في ملك أجنبي.

لأن الرابط أولاً فكما أنه ليس متسبباً فليس بمباشر أيضاً ولما كان الرابط الثاني قد أتلف ماله بنفسه فهو هدر. وقد ذكر نظير ذلك في شرح المادة (٩٣٢).

وإذا أتلف حيوان الرابط ثانياً حيوان الرابط أولاً لزم الضمان لأن الرابط ثانياً متسبب متعد (علي أفندي ورد المحتار).

خاتمة
في الجناية على الحيوان

المسألة الأولى ـ لو ذبح أحد حيواناً لآخر مأكول اللحم كشاة أو قطع يده كان مالكه مخيراً إن شاء ترك المذبوح أو المقطوع للذابح والقاطع وضمنه تمام قيمته. لأن في هذه المعاملة إتلافاً له من وجه إذ يفوت حينئذ الحيوان ونسله. وإن شاء أخذ المذبوح أو المقطوع وضمن نقصان قيمته. لأن الحيوان باق وموجود على وجه إذ أن لحم الحيوان يؤكل (رد المحتار).

أما لو ذبح حيواناً غير مأكول اللحم كالحمار أو قطع يده فالمالك عند الإمام الأعظم مخير. إن شاء ترك المذبوح للذابح وضمنه كل قيمته لأن قطع يد ورجل العوامل استهلاك. وإن شاء أخذ المذبوح والمقطوع ولا يطلب شيئاً والفتوى على هذا لكن عند الإمام محمد المالك مخير إن شاء تركه للذابح وضمنه كل قيمته وإن شاء أخذ المقطوع والمذبوح وضمن نقصان قيمته (التنوير، الدر المختار، الطحطاوي، جامع الفصولين، الخانية).

المسألة الثانية ـ لو عور أحد عين الحيوان كالدجاجة والحمامة والشاة ضمن نقصان القيمة الناشيء عن تعويره عينه وضعفه المترتب على هذا السبب العارض ولو كانت شاة معدة للذبح كالشاة العائدة للقصاب.

ويعين نقصان القيمة على الوجه الآتي: يقوم الحيوان تارة على أنه سالم العينين وأخرى على أنه أعور وما بين القيمتين من تفاوت يضمنه الفاعل. أما إذا أعماه فصاحبه مخير إن شاء أبقى الحيوان في يده وضمنه نقصان قيمته وإن شاء ترك الحيوان للجاني وأخذ كل قيمته.

المسألة الثالثة ـ وتعوير عين واحدة للحيوانات التي تستعمل في حمل الأثقال وحرث الأرضين كالحمار، والبغل، والثور، والجمل يستلزم ضمان ربع قيمتها. ولو كان هذا الثور وغيره مال جلب معد الذبح (رد المحتار، الخانية الهندية في الباب الثاني).

مثلاً لو ضرب أحد ثوراً لآخر بالعصا فعورت إحدي عينيه ضمن ربع قيمته (علي أفندي).

أما لو أعمى أحد حماراً آخر أو جحشه أو ثوره الذي يعمل به (والبقرة إن كان يعمل بها فكذلك) يسلم ذلك الشخص جثة الحمار مثلاً ويضمن جميع قيمته. وإلا ليس له أن يأخذ الحيوان ويضمنه نقصان قيمته «الهندية في الباب الثاني الخانية». لأنه لما فات معظم منافعه يعد كأنه قد تلف بالكلية

المسألة الرابعة ـ لو ضرب أحد ثور الآخر فكسر أضلاعه ضمن الإمام الأعظم نقصان قيمته (الهندية في الباب الثاني).

المسألة الخامسة ـ لو قطع أحد لسان ثور أو حمار لآخر ضمن عند بعض الفقهاء نقصان قيمته فقط وعند البعض الآخر جميع قيمته (رد المحتار).

المسألة السادسة ـ لو قطع أحد اذن حيوان لآخر كلها أو قطع ذنبه ضمن نقصان قيمته.

مثلاً لو دخل حمار أحد في زرع الآخر فأمسك ذلك الشخص الحمار وقطع اذنه من أصلها ضمن نقصان قيمة الحمار (علي أفندي).

ويعين نقصان القيمة هنا بالقياس على الأصول التي أتبعت في نقصان القيمة في المسألة الثانية . إلا أنه إذا كان الحمار مختصاً بركوب القاضي لزم الشخص الذي قطع ذيله ضمان جميع قيمته (واقعات المفتين).

تم

الحمدلله العلي الكريم

الكتاب التاسع

الحجر والإكراه والشفعة

الحجر والإكراه والشفعة

الحمدلله العلي الحكيم، الغفور الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صاحب الخلق العظيم، وعلى آله وأصحابه ضياء الملة وسراج الدين القويم.

الكتاب التاسع

في الحجر والاذن والإكراه والشفعة ويشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب، وقد جمع في هذا الكتاب التاسع من المجلة بعض المسائل الواردة في الكتب الفقهية تحت عنوان. كتاب الإكراه، وكتاب الحجر، وكتاب الشفعة، وحيث إنه قد بحث في هذا الكتاب في الإذن كان من المناسب أن يدخل في عنوان هذا الكتاب أيضاً.

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحجر والإذن والإكراه والشفعة

﴿المادة ٩٤١﴾ - «الحجر هو منع شخص من تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور»

الحجر - بسكون الجيم وتثليث الحاء مصدر من الباب الأول ومعناه لغة المنع سواء أكان من العقل أم من أي شيء آخر غيره، وإطلاق الحجر على العقل مبني على أن العقل يحجر الإنسان عن ارتكاب القبائح. وقد فسرت الآية الكريمة ﴿وهل في ذلك قسم لذي حجر﴾ بذي عقل (الزيلعي).

قولنا فلان في حجر فلان أي في كنفه وحمايته (مسكين، أبو السعود).

ومعناه شرعاً منع شخص مخصوص أي منع أحد الأشخاص المذكورين في المواد (٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩) وهم الصغير، والمجنون، والمعتوه، والسفيه، والمدين من تصرفهم القولي أي من تصرفهم القولي في أمثال البيع، والإيجار، والحوالة، الكفالة، الإيداع والاستيداع، الرهن، الهبة والإقرار وما إليها أو من نفاذ التصرف المذكور ويقال لذلك الشخص بعد الحجر عليه محجور.

إيضاح القيود:

١ - شخص مخصوص: يخرج بهذا التعبير من التعريف منع الحاكم نفاذ إقرار المكره. إذ لا يقال لهذا حجر «القهستاني».

٢ - من تصرفه القولي: ليس معناه منع صدور التصرف المذكور من ذلك الشخص لأن منعه من

ذلك ليس ممكناً إذ قد يقدم المحجور أحياناً كثيرة على التصرف بالقول بالرغم من المنع وإنما هو منع حكم ذلك التصرف من الثبوت أو منع نفاذ ذلك التصرف أي أنه إذا تصرف فلا حكم لتصرفه .

٣ ـ المنع بفتح الميم وسكون النون ضد الإعطاء. المنع من التصرف القولي ثلاثة أنواع. النوع الأول، المنع من نفس التصرف القولي وأصله، وقد وضح منع النفس آنفاً وهو كمنع الصغير غير المميز والمجنون من التصرف. وهذا النوع من الحجر أقوى أنواعه. مثلاً قد جاء في المادتين ٩٦٦ و٩٧٩ ان تصرفات الصغير غير المميز والمجنون المطبق القولية باطلة ولا تجوز ولو كانت نافعة لهما وأجازها ولياهما كما لو وهب الصغير غير المميز ماله لآخر أي لو كان تصرفه ضرراً محضاً له يمنع من إجرائه ولا يجوز هذا التصرف أيضاً ولو لحقته الإجازة. النوع الثاني: المنع من لزوم التصرف القولي ونفاذه وذلك كبيع الصغير المميز المحجور مالاً من آخر. وهذا النوع يدعى بالحجر المتوسط (القهستاني) وقد ورد في المادة «٩٦٧» أنه إذا باع الصغير المميز والمعتوه والسفيه المحجور مالاً من آخر يمتنع لزومه ونفاذه بالرغم من وجوده بالفعل ومتى اطلع وليه على ذلك إن شاء أجازه وإن شاء رده أي أن تصرف هؤلاء قابل للإجازة.

النوع الثالث، هو منع وصف التصرف من وصفه أي منع تحقق نفاذه في الحال، والنفاذ وصف وصيرورته في الحال وصف للوصف، كمنع نفاذ إقرار المحجور بالدين في الحال أنظر المادة «١٠٠٢» ويقال لهذا النوع من الحجر الضعيف (رد المحتار في أول الحجر بتغيير).

وقد جاء في المادة (١٠٠٢) أن إقرار المحجور بالدين بدين آخر يعتبر إقراره في حق الأموال الموجودة وقت الحجر أي لا ينفذ في الحال ولكن بعد زوال الحجر يعتبر إقراره ويكون مديناً ومكلفاً بأداء ما أقربه ويستفاد من اختصاص المنع بالتصرف القولي، ان الحجر لا يجري في التصرف الفعلي وقد ورد ذلك في المادة «٩٦٠» صريحاً.

وعليه فلو أتلف مجنون مال أحد فلا تأثير للحجر عليه، ويلزم الضمان من ماله في الحال لأن الأفعال لا تتوقف على القصد الصحيح كذلك لو مزق مجنون ثوب أحد لزم الضمان من ماله (الطحطاوي).

كذلك لو أتلف الطفل مال آخر كما لو انقلب على قارورة لأحد مثلاً وتلفت لزم الضمان من ماله (مجمع الأنهر).

كذلك لو أتلف المحجور بالدين مال آخر قبل إداء الدين فيكون صاحب المال كسائر الغرماء ويشاركهم في التركة بلا خلاف (الهندية في الباب الثالث).

كذلك إذا ثبت بالبينة ان السفيه المحجور أتلف مال لزم الضمان في الحال.

والحجر يجري في الأقوال ولا يجري في الأفعال لأنه ليس للتصرف القولي أثر في الخارج بل هو أمر اعتبر من قبل الشرع إذ أنه ينشأ بالأقوال مع أن أثر الطلاق والبيع والهبة وغير ذلك من العقود لا يرى ولا يشاهد في محالها بحاسة البصر، والأحكام التي تترتب وهي الحرمة في الطلاق والملكية في البيع والهبة أمر اعتبره الشرع الشريف وكذلك الشهادات التي هي اخبارات دالة على المخبر عنه تعرف أيضاً بالشرع لكونها في نفسها محتملة الصدق والكذب إذ ان من الجائز أن لا تدل الاخبارات والانشاءات على مقتضياتها (الكفاية).

مثلاً جملة بعتك هذا المال هي قول وأثره غير موجود وغير مرئي في الخارج فمن الجائز اعتبار عدمه وعد مدلولاته الشرعية بلا حكم ولا يترتب على ذلك إنكار للحقائق ما التصرفات الفعلية التي تصدر من الجوارح فبما أن أثرها موجود فلا يجوز اعتبار عدمها مثلاً أو قتل صبي شخصاً آخر أو اتلف ماله فلا يمكن اعتبار ذلك منعدماً ورفع وجوده الخارجي وعد المال الذي أتلف غير متلف وتخليص الصبي من الضمان. وعليه فاعتباره منعدماً إنما هو سفسطة أي أنه إنما يكون دخولاً في اعتقادات السوفسطائيين الباطلة (الدرر في الحجر) والسوفسطائية بفتح السين طائفة من الناس تنكر حقائق الأشياء وتدعي أن الشيء الذي يدعى بحقائق الأشياء إنما هو أوهام وخيالات «أبو السعود المصري، العناية».

أسباب الحجر:

إن بعض أسباب الحجر الصغر، والعته، والجنون. لأن الله تبارك وتعالى قد خلق البشر وشرفهم على جميع مخلوقاته وأنعم عليهم بالعقل وميزهم عن البهائم فالسعيد منهم سعيد بعقله. والخالق الحكيم قد أودع الإنسان العقل والهوى أما البهائم فلم يخلق فيهم غير الهوى. فمن هواه عقله من بني الإنسان فهو أردأ من البهائم قال تعالى ﴿إن هم الا كالانعام بل هم أضل سبيلاً﴾. أما من غلب عقله هواه فهو من أفضل المخلوقات.

وعليه فمن سلك طريق المخالفة لهواه فقد تعرض للشدائد، والخالق جل شأنه قد خلق من البشر كثيراً من ذوي النهى وجعل بعضهم اعلام الدين وائمة الهدى ومصابيح الدجى كما خلق بعضهم وابتلاه بأسباب تستلزم نقصان العقل كالجنون وفقدان العقل بأسباب أخرى كالصغر والعته وقد جعل تصرفاتهم بالحجر غير نافذة ليصون مالهم من طمع الطامعين وحيل المحتالين وأوجب المحافظة على أنفسهم وأموالهم على الولي الخاص كالأب والولي العام كالقاضي كل ذلك من رحمة الله ولطفه (رد المحتار، الطحطاوي).

كما أنه قد اتفق على أن الصغر والجنون والعته من أسباب الحجر فقد روي أن المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس ملحوقون بهم أي أن الحجر على هؤلاء متفق عليه أيضاً (الشرنبلالي).

وقد أوضح في المادة (٨٧٦) إن مرض الموت من أسباب الحجر أما السفه والدين وأن لم يكونا عند الإمام الأعظم من أسباب الحجر فهما عند الامامين من أسبابه، أنظر شرح المادة (٩٥٩) وليس الفسق عند الحنفية من أسباب الحجر.

٤ ـ المحجور، اسم مفعول مأخوذ من مصدر الحجر ومع أنه يلزم أن يذكر مع الصلة بأن تقول المحجور عليه كما يلزم ذكر المأذون معها أيضاً فتقول المأذون له فقد حذف الفقهاء الصلة في كلتا الكلمتين تخفيفاً ولأن المعني يفهم بدونها فقالوا (محجور، ومأذون). وقد جرت المجلة هذا المجرى (رد المحتار في أول المأذون، الطحطاوي، عبد الحليم).

محاسن الحجر: الحجر عبارة عن النظر والشفقة أي أن في الحجر إشفاقاً على عباد الله وهو أحد قطبي أمر الديانة، أما الثاني فهو تعظيم أمر الله تعالى (العناية) وهذان النظر والإشفاق اما أنه يعودا

المحجور كما في الحجر على الصبي والمجنون والمعتوه واما أن يعودا إلى غير المحجور كما في الحجر على المدين، والمفتي الماجن والمكاري المفلس، والطبيب الجاهل، والمريض عند تصرفه بأكثر من ثلث ماله (الطحطاوي بإيضاح).

سؤال «١»: بما أن الحجر ينحصر في قوله (شخص مخصوص) في الأشخاص الذين ورد ذكرهم في المواد «٩٥٧، و٩٥٨، و٩٥٩» وبقي الحجر على الطبيب الجاهل الوارد في المادة (٩٦٤) خارجاً عن هذا التعريف فهو غير جامع لافراده؟.

جوابه: إن الحجر الوارد في المادة المذكورة (٩٦٤) لا يمنع من التصرف القولي وإنما هو منع حسي يعني أنه لا يمكن الطبيب المحجور من مزاولة صنعته وليس معناه بطلان تصرفاته القولية. لذلك قد قيل في الدر المنتقى «ثم هو في الحقيقة منع لا حجر».

سؤال «٢» ـ ويوجد الحجر بمعنى منع ثبوت حكم التصرف في بعض الأفعال أيضاً كالزنا والقتل فعليه لو زنا الصبي أو قتل فلا يترتب عليه حكم الحد والقصاص ولهذا فليس من فائدة في تقييد التصرف بالقولي. كما أنه لا يجوز الحجر في بعض الأفعال كإتلاف مال الغير، ولا يجوز في بعض الأقوال قبول الصغير المميز الهبة والصدقة أيضاً.

والحاصل أن الحجر الذي بمعنى منع ثبوت حكم التصرف يوجد في بعض الأفعال دون البعض الآخر. لذلك يوجد الحجر الذي بهذا المعنى في بعض الأقوال دون البعض الآخر وعليه فليس من فائدة تحصل من تقييده بلفظ التصرف القولي.

الجواب: ـ إن بين القلة والكثرة فرقاً، فالأفعال التي لا يجوز منع ثبوت حكمها كثيرة، والأفعال التي يجوز منعه قليلة، كما أن الأقوال التي يجوز منع ثبوت حكمها كثيرة والتي لا يجوز منعه قليلة، فالقليل والنادر لا اعتبار له «رد المحتار في أول المأذون مع إيضاح».

﴿مادة ٩٤٢﴾ الإذن هو فك الحجر وإسقاط حق المنع ويقال للشخص الذي أذن مأذون.

الاذن لغة الإطلاق، لأن الاذن ضد الحجر الذي هو المنع. ويقال للإطلاق أيضاً فك الحجر على الإطلاق «العيني». وشرعاً، هو فك الحجر الثابت شرعاً في باب التجارات أي التصرف في أنواعها، في حق شخص مخصوص وإسقاط حق المنع وإثبات الولاية للمأذون، ويقال للشخص الذي أذن مأذون، والذي يفك ويسقط بالنسبة إلى الصبي هو الولي «أبو السعود» وبالنسبة إلى السفيه هو القاضي وبالنسبة إلى المدين هو الدائن.

وفقرة حق المنع هي كتفسير فك الحجر (رد المحتار، الطحطاوي) وهذا الاذن كما يكون للصبي

المميز يكون للمعتوه (رد المحتار) وكذلك يكون للسفيه أيضاً، أما في الصبي غير المميز والمجنون فلا يوجد.

ورد في الشرح «باب التجارات». لأن التصرفات التي لم تكن من باب التجارات لا يجري فيها الاذن لأنها إذا كانت من المنافع المحضة كقبول الهبة فلا حاجة فيها إلى الاذن وإذا كانت ضرراً محضاً كالطلاق والهبة فيجب أن تعد كأن لم تكن أي منعدمة (العناية). كذلك لا يفك الحجر في الصدقة والكفالة بالمال أي لا يسقط الحجر عن الصبي المميز والمعتوه فيما عدا باب التجارة من الأحوال، أنظر المادة (٩٦٧) - رد المحتار.

وتعريف الاذن هذا معتبر في نظر أئمتنا الثلاثة. أما عند الإمام زفر والإمام الشافعي فالاذن عبارة عن توكيل وانابة. وثمرة الخلاف هي كما يلي:

إن الاذن عند أئمتنا الثلاثة كما سيجيء في المادة (٩٧٠) لا يتقيد ولا يتخصص بزمان ولا بمكان ولا بنوع من البيع والشراء. لأن الاذن إسقاط والإسقاط لا يقبل التوقيت. أما عند الإمامين المشار إليهما فيتقيد ويتخصص بها الاذن عندهما توكيل وانابة. والتوكيل يتقيد ويتخصص حسبما هو مذكور في المادة (١٤٥٦).

سؤال: لو كان الاذن إسقاط فبما أن الساقط لا يعود حسب المادة (٥١) فكان من اللازم عدم جواز الحجر بعد الاذن والحال أن الحجر جائز بعد الاذن بمقتضى المادة (٩٧٣).

جواب: الاذن لا يكون اسقاطاً في حق التصرفات التي لم توجد بعد بل ان الحجر بعد الاذن هو امتناع عن الإسقاط بالنسبة إلى التصرفات التي لم توجد بعد (رد المحتار). أي لو أعطى الولي الصغير اذناً وبعد أن تصرف عشرة تصرفات مثلاً عاد فحجر عليه وأسقط الاذن في حق التصرفات العشرة فلا يعد ذلك في حق التصرف الحادي عشر والثاني عشر إسقاط وإنما هو امتناع عن إعطاء الاذن.

ومشروعية الاذن ثابتة بالآية الكريمة ﴿ ابتغوا من فضل الله ﴾ لأن الاذن في التجارة للصغير إنما هي اذن بابتغاء فضل الله.

وسبب مشروعيته هو الحاجة. لأن الناس يكونون أحياناً في شغل شاغل عن الإتجار فيحتاجون إلى الإستعانة بالصغار.

وشرط الاذن، كون المأذون يعقل التصرف ويقصده ويعلم كونه مأذوناً وكون الآذن له عليه الولاية حجراً وإطلاقاً منعاً وإسقاطاً (الطوري).

ويتفرع من هذا المسائل الآتية:

أولاً، لا يعطى الصبي غير المميز والمجنون إذناً ولو اعطياه فلا حكم له.

ثانياً، إذا لم يلحق علم الصغير بمأذونيته فلا يصبح مأذوناً. حتى إنه لو أذن الصغير فتصرف ولم يكن واقفاً على ذلك الاذن فلا يكون تصرفه صحيحاً ويحصل علم الصغير ووقوفه على ما أعطي من اذن

بإخبار شخص واحد حتى انه يعتبر الخبر الواقع ولو لم يكن عدلاً. أنظر المادة (١٨) (عبد الحليم، الدر المنتقى).

ثالثاً، لو أعطي الصبي الذي ليس له وصي أخوه أو أمه اذناً فليس لذلك الاذن حكم.

رابعاً، لو أحضر أحد ولداً صغيراً مميزاً إلى السوق وقال هذا ابني أعطيته اذناً بالتجارة فبيعوا منه واشتروا فعامله أهل السوق بناء على هذا القول وباعوا منه واشتروا وترتبت عليه ديون كثيرة ثم ظهر شخص آخر وأثبت ان ذلك الصبي ابنه فلا يلزم الصبي في الحال أو بعد البلوغ شيء من ذلك الدين إلا إذا حصل اذن من أبيه الحقيقي (الهندية في الباب العاشر).

خامساً، ليس للقائم مقام والمتصرف والوالي الذين لم يكونوا مأذونين بالحكم ونصب الحكام أن يأذنوا للصغير (الهندية في الباب الثاني عشر).

محل الاذن: الصبي المميز والمعتوه والسفيه المحجور الذي اكتسب صلاحاً يمكن معه التجارة.

حكم الاذن: هو أن يكون مالكاً للتصرفات التي من قبيل التجارة وتوابعها وضرورياتها وغير مالك خلاف ذلك (فتح المعين، الطحطاوي، فتح القدير).

ركن الاذن، هو عبارة عن قول الآذن للصغير آذنتك بالتجارة (الهندية في أول كتاب المأذون).

﴿مادة ٩٤٣﴾ الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء يعني من لا يعرف أن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغرير في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير ويقال للذي يميز ذلك: صبي مميز.

الصغير قسمان: أحدهما غير مميز وهو الذي لا يفهم البيع والشراء يعني من لا يعرف أن البيع سالب للملكية أي أن المبيع خارج من ملك البائع والثمن داخل ملكه والشراء جالب أي أن المبيع داخل ملك المشتري والثمن خارج من ملكه وعليه فغير المميز من لا يعلم أن الثمن والمثمن لا يجتمعان في ملك واحد ومن لا يفرق بين الغبن الفاحش في شيء بالنسبة إلى الآخر كالتغرير في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير الظاهر كالتغرير في العشرة واحد ويقال للذي يميز ذلك صبي مميز وعليه فالصغير المميز هو من يعرف أن البيع سالب والشراء جالب ويقصد الربح ويميز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير. كما أن المعتوه الذي يميز هذه الأشياء حكمه حكم الصغير المميز (رد المحتار).

يطلق الصبي والصغير على المدة التي تبتديء من ولادته إلى بلوغه والصغر هو وصف لحال لم تتكامل فيها قوى الإنسان وتبتديء من ولادته إلى حين بلوغه الحلم (رد المحتار).

إيضاح القيود:

١ - يعني.. الخ لا يقصد بقوله لا يفهم البيع والشراء غير ما يقصد بهما ومضمونهما. وإلا فليس مجرد العبارة يعني ليس ألفاظ البيع والشراء وذلك كما يشير إليه ما مر من التفسير لأن الصبي غير المميز إذا لقن ألفاظ البيع والشراء استظهرها وأدركها وعليه فلا يكفي مجرد العلم ليكون الصغير مميزاً (الطحطاوي).

سؤال: التمييز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير مشكل للغاية.

وبما أن التمييز بينهما يختص بمن حذق التجارة فكان من اللائق أن لا يشترط مثل هذا في الصبي المميز؟.

الجواب: على ثلاث صور. أولاً لو قيل للصغير ما هو تغرير خمسة في العشرة مثلاً ولم يعلم أنه فاحش فلا يكون مميزاً أي أنه لو قيل للصغير إذا غررت بخمسة في العشرة أو بواحد في العشرة فكيف هذا الغبن فإذا لم يفرق بين الصورة الأولى والصورة الثانية أي الغبن الفاحش والغبن اليسير فلا يكون مميزاً (الطحطاوي).

وظاهر عبارة المجلة تدل على أنها قبلت هذا الجواب. ثانياً، إن المقصود من تمييز الفرق بين الغبن الفاحش والغبن اليسير الكناية عن كون الصبي عاقلاً. وإلا فليس المقصود تمييز الفرق بين الغبن الفاحش والغبن اليسير حقيقة. وعليه فإن في العبارة مجازاً من قبيل اطلاق اللازم وإرادة الملزوم. ثالثاً المقصود من هذا الشرط، هو من لا يفرق ولا يميز الغبن الفاحش في الشيء الذي تكون قيمته معروفة ومشهورة. وإلا فقد يخدع أعقل الناس ويغرر (رد المحتار، التنقيح).

٢ - إن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها، وعليه فلو جاء الصغير إلى بائع الحلوى وأعطاه نقوداً وبعد أن أعطاه البائع الحلوى طلب منه إعادة النقود يكون غير مميز أما إذا لم يستعد النقود بعد أخذه الحلوى فيكون دليلاً على كونه مميزاً.

٣ - والغبن الفاحش كالإغرار بخمسة في العشرة وعليه فلو أعطى صغير لعبة تساوي قيمتها قرشاً فأعطى البائع ما يلبسه من ثياب تساوي أربعين قرشاً وهو لا يعلم بأنه قد خدع فيكون الصغير حينئذ غير مميز (رد المحتار).

﴿مادة ٩٤٤﴾ المجنون على قسمين أحدهما المجنون المطبق وهو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته والثاني المجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنوناً ويفيق في بعضها.

المجنون قسمان ولكل تعريف فيما يأتي وليس كما يقول صاحب الدرر في بحث سجدة التلاوة أن المجنون ثلاثة أقسام: والقسمان المذكوران في التقسيم المعتمد آنفاً هما:

القسم الأول: المجنون المطبق وهو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته.

والجنون هو زوال العقل واختلاله ويمنع الأفعال والأقوال أن تجري على نهج مستقيم. (المجامع) وينشأ الجنون أما عن نقص فطري في العقل أو رداءة مزاج الدماغ واستيلاء التخيل الفاسد (فصول البدائع) ولا يقصد في الجنون هنا أن يكون المجنون مجنوناً في جميع الأوقات كل عمره أو في جميع أوقاته بعد طرؤ الجنون لأن المجنون المطبق إنما يتحقق كون جنونه مطبقاً بعد وفاته ولا يقطع قبل الموت بكون

جنونه مطبقاً أو غير مطبق. وعليه فمن يقضي أيام حياته مجنوناً لا تعتريه افاقة اصلاً ويأتيه الموت وهو على هذه الصورة يعد مجنوناً مطبقاً كما انه يعد مجنوناً مطبقاً بالإتفاق، من يقضي سنة وهو مجنون كما سيأتي إيضاحه.

وعليه فلو أريد بجميع الأوقات المعنى المذكور فلا يكون جامعاً لأفراده ولذلك فلفظ (جميع أوقاته) بمعنى جميع أوقاته في سنة كاملة أو شهر كامل وبذلك تكون خلاصة التعريف كما يأتي: المجنون المطبق على قول هو من يستوعب جنونه جميع أوقاته في سنة وعلى قول آخر جميع أوقاته في شهر. والآن فلندقق الوقت الذي يلزم ليعد الجنون فيه جنوناً مطبقاً.

ويكون لفظ المطبق إذا جاء صفة للجنون بكسر الباء وإذا جاء صفة للمجنون يكون بفتحها. في الجنون المطبق أربعة أقوال:

القول الأول، الجنون المطبق هو الذي يمتد إلى سنة كاملة. لأن المجنون إذا تقلبت عليه الفصول الأربعة ولم يفق من جنونه علم أن جنونه مستحكم، والفتوى في حق التصرفات على تقدير الجنون لمدة سنة (حاشية الأشباه للغزي) وقيل (حق التصرفات) لأن مدة الجنون في حق العبادات قد حددت بصورة أخرى وتوجد التفصيلات فيها في أصول الفقه.

القول الثاني، الجنون المطبق لمدة شهر أي الجنون الذي يمتد شهراً كاملاً وقد رجح هذا القول بقول (وبه يفتي) وأشعر قول الخانية (وعليه الفتوى) رجحان هذا القول أيضاً (رد المحتار).

القول الثالث، هو كالجنون الذي يمتد أكثر من سنة.

القول الرابع، هو الجنون الذي يستوعب أكثر من يوم وليلة.

إلا ان هذا القول الرابع يخالف ظاهر الرواية كما جاء في الخانية ويقال للمجنون المطبق المجنون المغلوب أيضاً. وقد ذكر حكم الجنون المطبق في المادة (٩٧٩).

القسم الثاني، هو المجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنوناً ويفيق في بعضها كالمصروع (التنقيح، والهندية في الحجر).

ويصدق تعريف المجنون غير المطبق هذا على المجنون المطبق أيضاً لأنه إذا بقي أحد مجنوناً سنة كاملة أو شهراً كاملاً ثم بعد أن رجع إلى عقله عاد فجن ايضاً مدة سنة كاملة أو شهر كامل فيعد من كان حاله كذلك مجنوناً غير مطبق أيضاً. وعليه فيكون المجنون غير المطبق هو الذي يكون مجنوناً أقل من سنة على قول أو أقل من شهر على قول آخر.

وقد ذكر في أصول الفقه أن بعض الأحكام الشرعية تختلف باختلاف مدة الجنون.

وقد يتحد المجنون المطبق وغير المطبق في بعض الأحكام. وذلك كتصرفات المجنون المطبق والمجنون غير المطبق القولية في حال جنونهما يعني مثلاً بيعهما و شراؤهما وإيجادهما واستئجارهما وصيرورتهما محالاً لهما أو عليهما أو كفالتهما أو رهنهما وارتهانهما وإيداعهما واستيداعهما وهبتهما واتهابهما فهذه التصرفات كلها باطلة. وقد مرت التفصيلات المتعلقة بهذا في شرح المواد المخصوصة وإذا أفاق المجنون المطبق والمجنون غير المطبق وعاد إليهما العقل تاماً تصح تصرفاتهما القولية المذكورة وتجوز.

ويختلف المجنون المطبق وغير المطبق في بعض الأحكام وذلك أولاً إذا جن الوكيل أو الموكل جنوناً مطبقاً تبطل الوكالة وعليه فلا يبقى حكم للوكالة ولو أفاق بعد ذلك يلزم تجديدها أنظر المادة (١٥٣٠) وإذا جن جنوناً غير مطبق لا تبطل الوكالة فللوكيل أن يوفي الوكالة إلى أن يجن الموكل جنوناً مطبقاً كما أن له القيام بها لو جن هو نفسه جنوناً غير مطبق بدون حاجة إلى تجديدها. لأن الجنون غير المطبق هو بمثابة إغماء فكما أن الوكالة لا تبطل بالإغماء فلا تبطل بالجنون القليل.

ثانياً، وإذا جن أحد الشركاء جنوناً مطبقاً تنفسخ الشركة كما هو مبين في المادة (١٣٥٢). بخلاف ما لو جن جنوناً غير مطبق فلا تنفسخ. وفي هذه الحالة إذا جن أحد الشركاء تبقى الشركة إلى أن يصبح الجنون مطبقاً ومتى تم الاطباق تنفسخ الشركة في الحال (الواقعات) وقد توضح ذلك في شرح المادة (١٣٥٢).

ثالثاً، تنفسخ المضاربة كما هو مبين في المادة (١٤٢٩) إذا جن رب المال أو المضارب جنوناً مطبقاً. أما إذا كان جنونهما غير مطبق فلا تنفسخ.

رابعاً، إذا جن المأذون جنوناً مطبقاً أصبح محجوراً. أما إذا جن جنوناً غير مطبق فلا (الهندية في الباب الخامس).

وسيأتي في المادة (٩٨٠) بيان حكم الجنون غير المطبق.

﴿مادة ٩٤٥﴾ المعتوه هو الذي اختل شعوره بأن كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً.

المعتوه لغة ناقص العقل وشرعاً هو الذي اختل شعوره بأن كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير. ولكنه لا يشتم ولا يضرب كالمجنون. بل يكون كلامه مختلطاً فبعضه يشبه كلام العقلاء وبعضه يشبه ألفاظ المجانين.

وإن وقع اختلاف في تفسير المعتوه فالمختار هذا التعريف (رد المحتار، التنقيح) وعليه فالعاقل هو الذي تكون أقواله وأفعاله مستقيمة (البهجة).

﴿مادة ٩٤٦﴾ السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصروفاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء.

السفيه مأخوذ من السفه، والسفه لغة خفة العقل، والسفيه هو من كان في عقله خفة، أما شرعاً فهو الذي يصرف ماله في غير موضعه يعني خلافاً لما يقتضيه الشرع والعقل ويبذر في مصروفاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف.

والفرق بين الإسراف والتبذير هو أن التبذير صرف الشيء في غير محله اللائق. أما الإسراف فهو

صرف الشيء في محله اللائق زيادة عن اللازم (رد المحتار في الفرائض) فعلى ذلك التبذير هو تجاوز موضع الحق وجهل بمواضع ومواقع الحقوق أما الإسراف فهو تجاوز في الكمية وجهل في مقادير الحقوق.

فالتبذير والإسراف اللذان ينشآن عن السفه يكونان أحياناً في أمور الشر. فكما أن من يعطي ماله للعازفين والمغنين أو يجمع في بيته أهل الشرب والفسق فيطعمهم ويسقيهم أو يسرف في الإنفاق عليهم أو من يفتح باب الجوائز والصلات أو يشتري الطيور الطائرة بأثمان باهظة أو من يلقي أمواله في النهر والبحر أو يحرقها بالنار وكذلك يعد سفيهاً منْ أسرف في نفقته إذ أن الذي لا يكون له غرض في تصرفاته أو كان له غرض إلا أنه تصرف به بصورة جعلته لا يعد غرضاً فهو سفيه كالغبن في التجارة من غير محمدة وان يكن الأصل في التصرفات أن تكون مبنية على المسامحة كما أن البر والإحسان مشروعان إلا أن الإسراف فيهما حرام كالإسراف في المأكولات والمشروبات قال الله تعالى ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا﴾ أي لم يتجاوزوا حد الكرم ﴿**ولم يقتروا**﴾ أي لم يضيقوا تضييق الشحيح أي البخيل.

ويكون الإسراف في الأمور الخيرية أيضاً كبناء المساجد أو صرف جميع أمواله على الأمور الخيرية مع عدم اقتداره متبعاً الهوى وتاركاً ما يدل على الحجى أما إذا صرف شخص ماله على المعاصي كشرب الخمر والزنا فلا يعد سفيهاً بالمعنى المبين في هذه المادة أنظر المادة (٩٦٣) (رد المحتار، أبو السعود، الهندية في الباب الثاني).

ويعد أيضاً بمنزلة السفيه الذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم مع أنهم لا يعدون سفهاء بالمعنى الوارد في الفقرة الأولى ويمكن الحجر على أبله وبسيط كهذا عند الإمامين كما ذهبت إليه المادة (٩٥٨) ويطلق كل من الأبله والبسيط مغفل وليس المغفل فاسداً وإنما هو من كان سليم القلب لا يقدر على التصرفات الرابحة مع كونه يخدع فيها (رد المحتار منلامسكين، الهندية في الباب الثاني). والمغفل أيضاً اسم مفعول من التغفيل وهو من لم توجد فيه فطانة (الطحطاوي).

﴿مادة ٩٤٧﴾ الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظة ماله ويتوقى السرف والتبذير.

الرشيد هو المصلح في ماله أي الذي يتقيد بمحافظة ماله ويتوقى السرف والتبذير والصرف في غير مواضعه ويجتنبه. وهذا يعد رشيداً ما دام على تلك الحال سواء أكان فاسقاً فسقاً طارئاً أو أصلياً أم غير فاسق. يعني أن مجرد الفسق ليس مانعاً للرشيد وموجباً للسفه. وعليه إنما يتحرى عن الرشد في المال وليس في المال والدين معاً وقد فسر الرشد بالإصلاح في قوله تعالى ﴿ فإن آنستم ﴾ أي عرفتم وأبصرتم ﴿منهم رشداً﴾ فالرشيد من يكون مصلحاً في ماله فقط (التنوير).

﴿مادة ٩٤٨﴾ الإكراه هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة ويقال له المكره (بفتح الراء) ويقال لمن أجبره مجبر ولذلك العمل مكره عليه وللشيء الموجب للخوف مكره به.

الإكراه لغة إجبار الإنسان على شيء لا يريده أي على ما يراه بطبعه مستكرهاً سواء أكان له قدرة على تحقيق ما هدد به أم لا وسواء أخاف الفاعل وقوعه أم لا وسواء أكان الفاعل ممتنعاً لحق الشرع أو العبد أم لا (أبو السعود).

وشرعاً هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه أي بالإخافة والتهديد أي مع إبقاء أصل الاختيار ويقال له المكره (بفتح الراء) ويقال لمن أجبر بغير حق مجبر (بكسر الباء) ولذلك العمل مكره عليه(بفتح الراء) وللشيء الموجب للخوف أي الموجب لخوف المكره والسالب لرضاه كالقتل والضرب مكره به (بفتح الراء).

إيضاح القيود.

١ ـ عملاً: العمل أعم من اللفظ الذي هو عمل اللسان ومن أعمال سائر الجوارح فكما أنه يصدق على الإقرار الذي هو من الألفاظ فإنه يشمل أعمال سائر الجوارح كإتلاف مال الغير مثلاً (الدرر).

٢ ـ بغير حق، هذا التعبير احترازي. لأن الإجبار الذي بحق لا يعد إكراهاً وعليه فالإجبارات الآتية ليست بإكراه وإليكها:

أولاً، إذا امتنع المدين عن بيع ماله لاداء الدين فللقاضي أن يجبره عليه. والبيع الذي يقع بناء على هذا الإجبار لا يعد بيعاً بإكراه.

ثانياً، إذا بيع الرهن بناء على إجبار الحاكم الراهن على بيعه كما هو مذكور في المادة (٧٦١) نفذ البيع المذكور.

ثالثاً، إذا أجل العنين الى المدة المعينة ولم يقدر على الجماع يكرهه الحاكم على الفرقة وبما أن هذا الإكراه بحق فلا يكون إكراهاً بالمعنى الوارد في هذه المادة.

بدون رضاه ـ بما أن هذا نفي للرضا على الإطلاق يشمل التعريف المذكور قسمي الإكراه. لأن نفس الرضا كما يكون في الإكراه غير الملجىء الذي يفوت به الرضا يكون أيضاً في الإكراه الملجئ المفسد للاختيار. والحاصل أن عدم الرضا معتبر في جميع صور الإكراه وأصل الاختيار في جميع صوره ثابت لكن في بعض الصور يفسد الإختيار وفي بعضها لا يفسد (الزيلعي).

والرضا، مقابل الإكراه، وأما الاختيار فمقابل الجبر.

الاختيار ـ هو عبارة عن إرادة أحد طرفين جائزين لأمر متردد بين الوجود والعدم ومقدور فعله من الفاعل بترجيحه أحدهما.

مثلاً: بيع مال زيد أمر أحد جانبيه وجود والجانب الآخر عدم والطرفان جائزان فإذا باع زيد ذلك المال مرجحاً طرف الوجود يكون عمله هذا اختياراً كما أنه إذا امتنع عن بيعه يكون قد رجح طرف العدم وكان عمله هذا اختياراً والفاعل وإن كان مستقلاً في قصده فاختياره إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً (قهستاني بإيضاح).

ويفهم من هذه التعبيرات أن عدم الرضا معتبر في جميع صور الإكراه إلا أن الإكراه يفسد أصل الإختيار في بعض صور الإكراه كالإكراه الملجيء ولا يفسده في بعضها كالإكراه غير الملجئ (الدرر والزيلعي).

والإكراه بالضرب والحبس يعدم الرضا إلا أنه لا يفسد الاختيار يعني أن في هذا الإكراه إكراهاً للمكره وعدم رضائه مع وجود اختياره الصحيح لأن فساد الاختيار لا يكون إلا في الإكراه بإتلاف النفس أو قطع العضو فالإكراه الذي يكون بقتل النفس أو قطع العضو معدم للرضا ومفسد للاختيار أيضاً (أبو السعود، رد المحتار).

٤ ـ الإخافة: بما أن الإخافة قد ذكرت مطلقة فكما انها تشمل الإخافة التي تحدث بالفعل تشمل الإخافة التي بالقول كالوعيد (الطحطاوي).

٥ ـ الإجبار: كما يكون الإجبار حقيقياً يكون حكمياً فلو أمر أحد آخر بإتلاف مال أحد ولم يهدده بشيء ولكنه علم بدلالة الحال أنه سيقتله فله أن يتلف ذلك المال لأن ذلك إكراه حكمي.

﴿مادة ٩٤٩﴾ الإكراه على قسمين الأول هو الإكراه الملجيء الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع عضو والثاني هو الإكراه غير الملجئ الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب والحبس غير المبرح والمديد

الإكراه قسمان: وكلاهما سالب رضا المكره كما فهم من المادة الآنفة. ووجه الانحصار هو أن الإكراه أما أن يكون موجباً إفساد اختيار المكره وملجئاً اياه أو لا يكون كذلك. فإذا أوجب إفساد اختياره أو ألجأه كان إكراهاً ملجئاً وإذا لم يفسد اختياره ولم يلجئه كان غير ملجئ ففوت الرضا أعم من فساد الاختيار ففي الحبس أو الضرب يفوت الرضا ولكن الاختيار الصحيح باق وفي القتل لا رضا ولكن له اختيار غير صحيح أي اختيار فاسد. (الطحطاوي).

فالقسم الأول إكراه ملجئ: الملجئ بكسر الجيم اسم فاعل من الجأ إلى كذا اضطره إليه فهو الموجب للاضطرار وهو الإكراه الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع العضو كالسمع والبصر، واللسان، وما اشبه ذلك نحو الأصابع والأعضاء ويقال لهذا الإكراه: الإكراه التام. وهذا الإكراه معدم للرضا مفسد للاختيار (الأنقروي، الدرر) إذ الإنسان مجبول على حب الحياة وذلك يضطر إلى ارتكاب ما أكره عليه محافظة عليها فيفسد اختياره (الجوهرة).

العضو، يفهم من ذكره مطلقاً أن العضو يشمل الأنملة أي طرف الأصبع، وبعبارة أخرى يشمل بعض العضو كالمحل الذي توجد فيه الأظافر من الأصبع أيضاً. وعليه فالإكراه الذي يقع بالتهديد بقطع ذلك يكون إكراهاً ملجئاً (رد المحتار، والنتيجة) ومن المشايخ من يقول إذا هدد بالحبس والقيد وكان الرجل ذا مروءة ويشق عليه ذلك بحيث يقع في قلبه أنه لو لم يفعله يموت بسبب الحبس والقيد أو يذهب عضو منه فهو إكراه معتبر شرعاً كما أنه لو توعده بالحبس في مكان مظلم بحيث يخاف ذهاب البصر لطول مقامه فيه فهو إكراه معتبر شرعاً (عبد الحليم) قال بعض المشايخ أما الحبس الذي أحدثوه في زماننا فإنه من الإكراه الملجئ وإن قال لأجوِّعنَّك أو لتفعلن بعض ما ذكر، لم يسعه أن يفعل ذلك حتى يجيء

من الجوع ما يخاف منه التلف (الهندية في الباب الثاني بتغيير).

وقوله النفس أعم من النفس الحقيقية والحكمية فالنفس الحقيقية معلومة أما النفس الحكمية فهي عبارة عن إتلاف كل المال. وعليه فالتهديد بإتلاف مال الإنسان كله يعد إكراهاً ملجئاً أيضاً. حتى ان بعض الفقهاء لا يشترط التهديد بإتلاف جميع المال بل يعد أخذ بعض المال اكراهاً معتبراً. مثلاً لو قال أحد الظلمة لأحد إذا لم تبعني دارك فسأعطيها إلى عدوك وبناء على هذا باعهما منه فيعد ذلك البيع بيعاً بإكراه أما عند البعض الآخر من الفقهاء فالإكراه بأخذ المال إذا وقع بأخذ كل المال فالإكراه معتبر والإكراه الواقع بأخذ بعض المال إذا كان ما ترك له من المال كافياً يعد ذلك إكراهاً (الدر المختار، رد المحتار). والضرب الذي يعد إكراهاً ملجئاً هو الضرب الذي يؤدي إلى تلف النفس أو تلف عضو على الوجه المذكور. وقد قال بعض العلماء في تعيين مقدار هذا الضرب أنه يلزم التهديد بما لا يقل عن أربعين جلدة والبعض يقول أن أحوال الناس مختلفة فمنهم من يتحمل الضرب الشديد ومنهم من يموت بأدنى منه فلا طريق سوى الرجوع إلى رأي المبتلي فإن غلب على ظنه ان تلف النفس والعضو يحصل به وسعه وإلا فلا (الطوري) وجاء في الدر المختار أن التهديد بالضرب جلدة أو جلدتين وأن كان لا يعد إكراهاً ملجئاً إلا أن التهديد بالضرب، على مذاكير الإنسان أو على عينه يعد إكراهاً ملجئاً لأن وقوع مثلها على الأعضاء المذكورة يكون مؤدياً إلى التلف (الطوري).

والتهديد بالحبس المؤبد لا يعد إكراهاً ملجئاً لكونه لا يؤدي إلى تلف المهدد ما لم يمنع الطعام والشراب عنه. (البزازية، الطحطاوي). وقد قال بعض المشايخ أنه إذا كان المهدد (بفتح الدال) بالحبس والتصفيد من أرباب التنعم والمروءة والجاه فوقع في قلبه أنه سيموت فيها إذا سجن في مكان مظلم أو أنه سيفقد أحد أعضائه وغلب على ظنه وقوع ذلك كان ذلك إكراهاً ملجئاً. كذلك إذا هدد أحد بالحبس في مكان مظلم وخيف من فقد البصر من جراء طول السجن في ذلك المكان كان الإكراه ملجئاً (الطحطاوي).

القسم الثاني، الإكراه غير الملجئ وهو الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب اليسير والحبس والتصفيد غير المبرح والمديد ويقال له الإكراه الناقص وهذا الإكراه وإن كان معدماً للرضا لا يفسد الاختيار (الدرر).

الغم، بفتح الغين وتشديد الميم هو الستر والغطاء ومنه قيل للحزن غم لأنه يغطي السرور والحلم

ألم، بفتح الهمزة واللام بمعنى الوجع يجمع على آلام وعليه فالألم هو شيء كريه قبيح سواء أحصل بعارض وجع أو فتور أو هم فهو عطف تفسيري للغم.

وهذا القسم الثاني هو أدنى مراتب الإكراه ويختلف باختلاف الأشخاص وعليه فلا يمكن حصره في دائرة معينة. وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتمام (أبو السعود).

الحد في الحبس الذي هو إكراه ما يجيء الاغتمام البين به وبالضرب الذي هو إكراه ما يحدث منه الألم الشديد وليس فيه حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه ولكن على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه

(منلا مسكين). لأنه لما كان الناس يختلفون فبعضهم يتضررون بالضرب الشديد والحبس المديد وبعضهم يتضررون بضربة سوط أو فركة اذن وما اشبه ذلك لما فيها من الهوان والذل كالشرفاء وأصحاب المنزلة الرفيعة والجاه والضعفاء من الناس أيضاً وخصوصاً إذا كانت على ملأ من الناس.

قد جعل تقدير ذلك إلى رأي القاضي الذي ترفع إليه القضية كما مر. وعليه فان ذلك يعد في حق أمثال هؤلاء الناس إكراهاً. ألا ترى ما يحصل عند أشراف الناس من الغم فيما إذا وجهت إليهم كلمات قاسية بخلاف الأراذل منهم فلا يتألمون إلا من الضرب المبرح وعليه فبما أن تعيين مقادير كهذه بالرأي ممتنع فلذلك يعتبر الإكراه إذا كان بدرجة تؤثر على المكره (فتاوى أبو السعود والزيلعي، رد المحتار).

وعليه فالمقصود من الحبس والتصفيد هنا الحبس والتصفيد المديدان ويطلق الحبس المديد على الحبس الذي يزيد على يوم واحد (ابو السعود)

اما الحبس والتصفيد يوما واحدا والضرب غير الشديد فلا يعدان اكراهاً. وعليه فلو هدد احد آخر بالحبس او بالتصفيد يوماً واحدا والضرب جلدة واحدة على ان يقر بالف قرش ديناً عليه وفعل فلا يعتبر ذلك اكراهاً. لان الانسان لا يبالي بمثل ذلك عادة، فلذلك لا يعد هذا معدما للرضا ما لم يكن قد وقع التهديد بالحبس يوما واحدا على ذي جاه ومنصب يعني انما يكون ذلك اكراها لرجل له جاه وعزة لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد لغيره فيفوت به الرضا وظاهره انه يكون اكراها في المال القليل (رد المحتار والزيلعي، والهندية في الباب الرابع)

لكن التهديد بضربة عصا تؤدي الى تلف الانسان لا شبهة انه اكراه معتبر، والمقصود بالحبس هنا حبس نفس المكره اما حبس الابوين والاولاد فلأن ذكر الزيلعي انه اكراه غير معتبر فقد قال القهستاني وبعض الفقهاء ان الاكراه بحبس الابوين والاولاد والزوجة وسائر ذوي الارحام اكراه معتبر استحساناً (رد المحتار، عبد الحليم) ولا دليل في المجلة على انها قد اخذت باحد هذين القولين الا ان جهة الاستحسان مرجحة عند الفقهاء على القياس. ويوجد فرق بين قسمي الاكراه هذين على وجهين:

الوجه الاول، الفرق من حيث الماهية وقد مر بيانه. الوجه الثاني، الفرق من حيث الاحكام. فالاكراه الملجئ يؤثر على التصرفات القولية والتصرفات الفعلية اما الاكراه غير الملجئ فلا يؤثر على التصرفات الفعلية بل يؤثر على التصرفات القولية فقط (الطحطاوي) كما قد بين في المادة (١٠٠١ والمادة ١٠٠٧)

﴿المادة ٩٥٠﴾ (الشفعة هي تملك الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري)

الشفعة لغة بمعنى الضم وهي ضد الوتر. وتسمية التملك في الآتي شفعة مبنى على ضم المال المشتري لعقار الشفيع، ومنه شفاعة النبي ﷺ للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين (الهداية،

مجمع الانهر).

وشرعا هي حق تملك العقار او ما كان في حكم العقار من الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري اي انه يتملك ذلك باعطاء مثله للمشتري اذا كان مثلياً وقيمته اذا كان قيمياً بدون ان يلتفت الى رضا المشتري (ابو السعود). اما نفس التملك فيحصل على ما ذكر في المادة (١٠٣٦) بتسليم المشتري اياه بالرضا او بحكم الحاكم وقضائه.

ايضاح القيود:

١ ـ العقار او ما في حكم العقار: العقار كالدار مع العرصة او العرصة فقط وما كان في حكم العقار هو كالعلو انظر المادة (١٠١١) (الدرر).

٢ ـ ملك: هذه الكلمة وان كانت تشمل المنقول والعقار كما يستفاد من المادتين (١٢٥ و١٥٩) الا انه ينبغي ان تخصص هذه الكلمة بالعقار فقط كما قد جرى تخصيصها في الشرح. لأن الشفعة انما تجري بمقتضى المادة (١٠١٧) في العقار وحده.

وبما أنه قد جاء ذكر الملك المشتري مطلقاً فكما أنه يشمل كل الملك يشمل بعضه أيضاً. مثلاً لو اشترى أحد الشفعاء العقار المملوك فبما أنه يثبت للشفيع المشتري حق الشفعة فللشفعاء الآخرين إذا ساووه في الدرجة حق الشفعة بمقدار حصصهم فقط ما عدا حصته يعني أن لهم طلب ما عدا الحصة التي اشتراها الشفيع من الحصص بالشفعة. مثلاً لو باع أحد الشركاء في العقار المشترك بين ثلاثة أشخاص أثلاثاً حصته من أحدهما فللشريك الثاني أن يطالب الشريك بنصف ما اشتراه فقط.

٣ ـ على المشتري: يفهم من هذا التعبير أن الشفعة لا تجري في تمليك العقار بلا عوض كالهبة والصدقة والإرث كذلك لا تجري في القسمة وذلك كما سيأتي في المادتين (١٠٣٣ و١٠٢٧) (رد المحتار).

لكن هذا التعبير أي (على المشتري) يستلزم إيراد سؤالين:

السؤال الأول: إذا كان المشتري مقراً بالشراء، أو إذا كان منكراً اياه وأثبت الشفيع شراء المشتري أو نكل المشتري عن حلف اليمين كان ذلك ضد تملك المشتري وأما إذا كان البائع مقراً بالبيع وكان المشتري منكراً له ولم يمكن إثبات البيع وحلف المشتري اليمين على عدم الشراء فيكون التملك الواقع على البائع وليس على المشتري وفي هذه الصورة يصبح هذا التملك خارجاً من التعريف الذي ورد فيه (بمقدار الثمن الذي قام على المشتري) وعلى ذلك يكون التعريف المذكور غير جامع لأفراده. ويجاب عليه أن هذا التعريف هو تعريف الشفعة الكثيرة الوقوع، لأن التملك بالشفعة على البائع نادر الوقوع ولا اعتبار للنادر.

السؤال الثاني: بما أن الشفعة تجري في الهبة بشرط العوض بناء على ما جاء في المادة (١٠٢٢) وبقوله (على المشتري) تخرج هذه الشفعة من التعريف فيكون هذا التعريف غير جامع لأفراده. ويجاب على هذا أيضاً بأن الهبة بشرط العوض هي شراء انتهاء فلا تخرج هذه الهبة بقول (على

المشتري) من التعريف.

٤ ـ بمقدار الثمن الذي قام على المشتري: سيأتي معنى ذلك مفصلاً في شرح المادة (١٠٣٦)

هذا وبما أن الشفعة من الأحكام الجارية في دار الإسلام وهذا الحكم غير شرعي في الممالك الأجنبية فلو اشترى مسلم عقاراً في بلاد أجنبية ووجد له شفيع مسلم فليس له حق الشفعة ولو كانت أصول الشفعة مرعية في تلك الديار (ابو السعود).

﴿مادة ٩٥١﴾ الشفيع هو من كان له حق الشفعة.

أي من كان له حق التملك على الوجه المذكور في المادة الآنفة، مثلاً تطلق كلمة الشفيع على من كان شريكاً في العقار الذي باعه شخص من آخر كالحانوت مثلاً أو من كان جاراً ملاصقاً لذلك العقار.

﴿مادة ٩٥٢﴾ المشفوع هو العقار الذي تعلق به حق الشفعة.

وهو العقار الذي يمكن للشفيع تملكه جبراً على المشتري: ويطلق على الحانوت الذي مر ذكره في المادة السالفة: مشفوع.

﴿مادة ٩٥٣﴾ المشفوع به هو ملك الشفيع الذي به الشفعة.

أي بسببه يثبت للشفيع حق الشفعة في المبيع. مثلاً لو بيع عقار متصل بدار أحد فتكون تلك الدار (مشفوعاً بها) أو (ما يشفع بها).

﴿مادة ٩٥٤﴾ الخليط هو بمعنى المشارك في حقوق الملك كحصة الماء والطريق.

مثلاً لو كان لأحد حصة في نهر خاص ولآخر فيه حصة كذلك فكل منهما يكون خليطاً للآخر.

﴿مادة ٩٥٥﴾ الشرب الخاص هو حق شرب الماء الجاري المخصوص بالأشخاص المعدودين وأما أخذ الماء من الأنهر التي ينتفع بها العامة فليس من قبيل الشرب الخاص.

الشرب الخاص (بكسر الشين) هو حق شرب الماء الجاري المخصوص بالأشخاص المعدودين أي المخصوص لسقي وري مزارع أولئكم الأشخاص المعدودين. ويقال للأشخاص الذين دون المائة أشخاص معدودون، كما هو مذكور في المادة (١٦٤٦) (منلا مسكين وعبد الحليم).

وأما أخذ الماء من الأنهر كالفرات والدجلة والنيل التي ينتفع بها العامة لسقي المزارع فليس من

قبيل الشرب الخاص (الدور، القهستاني) وعليه فإذا كان الشرب الخاص مشفوعاً به فلا يصح أن يكون هذا النوع من الشرب مشفوعاً به.

في تعريف الشرب الخاص ثلاثة أقوال:

القول الأول، إذا كان المشتركون في النهر أشخاصاً معدودين يكون نهراً خاصاً ويقال في حق أخذ الماء منه شرب خاص. وإذا كان المشتركون في النهر غير معدودين فيقال له نهر عام، والقول الذي أخذت به المجلة في المادة هو هذا القول.

الأشخاص المعدودون: اختلف الفقهاء في مقدار ما يطلق عليه لفظ (الأشخاص) فبعضهم قال يطلق على ما دون المائة وبعضهم قال حتى خمسمائة وبعض المتفقهين قال حتى الأربعين. إلا أن البعض قال يجب أن يفوض تعيين المقدار لرأي مجتهدي العصر، إلا أن المجلة قد قبلت الرأي الأول الذي هو لغاية مائة شخص.

القول الثاني: النهر هو الذي يتفرق على أراضي أشخاص معدودين وينقسم عليها كما ورد ذكره في المادة (١٢٣٩) ويتلاشى إذا انتهى إلى آخر الأراضي فلا يكون له منفذ لمفازة ويقال في حق الأخذ من هذا النهر الشرب الخاص (منلا مسكين، مجمع الأنهر، القستهاني في الشفعة).

القول الثالث: النهر الخاص عبارة عن النهر الذي لا تجري فيه السفن ويقال في حق أخذ الماء منه (الشرب الخاص). والمقصود من السفن هي صغراها أي الزوارق (القهستاني في الشفعة، الهندية في الباب الثاني من الشفعة).

وقد قبلت المجلة في هذه المادة القول الأول وفي المادة (١٢٣٩) قبلت القول الثاني. وعلى ذلك فكما أن الماء الجاري المنحصر في أشخاص معدودين يعد شرباً خاصاً فالنهر الذي بالمعنى الوارد في المادة (١٢٣٩) يكون شرباً خاصاً أيضاً. وعليه فيجب العمل بالقولين أيضاً، وكان الأجدر بالمجلة أن تكتفي بأحد القولين.

﴿مادة ٩٥٦﴾ الطريق الخاص هو الزقاق غير النافذ.

والواقع ليس كل زقاق لا ينفذ طريقاً خاصاً كما أنه ليس كل زقاق ينفذ طريقاً عاماً. وعليه لو سد منفذ الطريق العام يبقى طريقاً عاماً كما أن الطريق الخاص لا يصير عاماً فيما لو فتح له أصحابه منفذاً فاتصل بالطريق العام (عبد الحليم) وعليه فهذا التعريف ليس جامعاً أفراده ولا مانعاً اغياره أيضاً. فيجب تعريف الطريق الخاص بأنه «الطريق الذي يكون ملكاً لأصحابه». ولما كان الطريق الخاص مملوكاً فلأصحابه أن يمنعوا غيرهم من المرور فيه، فلو فتح أصحاب الطريق الخاص باباً على الطريق العام ووصلوه به فلهم أن يمنعوا الناس من المرور من ذلك الطريق (رد المحتار، الدر المنتقي، الهندية).

الباب الأول
في بيان المسائل المتعلقة بالحجر
وينقسم إلى أربعة أقسام

الفصل الأول
في بيان صنوف المحجورين وأحكامهم

يعني أنه سيصير في هذا الفصل بيان أصناف المحجورين وأحكامهم ويتعدد المحجورون بسبب تعدد أسباب الحجر فلذا تختلف أحكامهم أيضاً.

أسباب الحجر سبعة: الرق، الصغر، الجنون، الغفلة «أي البله»، ضرر العامة، الدين، السفه (الخانية).

وبما أن المجلة لا تتعرض لأحكام الرق فقد أهملت البحث فيما يتعلق فيه، وأما البقية فسيأتي إيضاحها في المواد الآتية. أما مجرد الفسق فليس من أسباب الحجر (أنظر المادة ٩٦٣). واتفق على أن الرق، والصغر، والجنون، وضرر العامة، من أسباب الحجر، واختلف في كون الدين والسفه والغفلة، هل هي من أسباب الحجر. أما الحجر على المفتي الماجن، والمكاري المفلس، والطبيب الجاهل، فليس اصطلاحياً وسيأتي إيضاح ذلك في المادة (٩٦٤) (رد المحتار).

المحجورون قسمان: القسم الأول هم المحجورون أصلاً، وهذا القسم نوعان.

النوع الأول: من كان الحجر عليهم مقيداً بمرض الموت. أذ أن المريض بمرض الموت ممنوع من أن يبيع من بعض ورثته شيئاً من ماله أو يهبه منه أو يقر له به ومن تأدية دين بعض دائنيه مرجحاً اياهم على البعض الآخر والتصرف بما يزيد على أكثر من ثلث ماله. وقد ذكر بعض التفصيلات في هذا الشأن في كتاب الهبة في شرح الفصل الثاني من الباب الثاني.

النوع الثاني: من لم يكن الحجر عليهم مقيداً بمرض الموت، وهؤلاء ثلاثة أشخاص: الصغير والمعتوه والمجنون.

القسم الثاني: من يحتاجون إلى حجر الحاكم، وهم ستة أشخاص: السفيه، المدين، الطبيب الجاهل، المكاري المفلس، المفتي الماجن.

﴿مادة ٩٥٧﴾ الصغير والمجنون والمعتوه محجورون أصلاً

سواء أكان الصغيّر مميزاً أم غير مميز والمجنون هو المجنون المطبق ولا حاجة في الحجر على هؤلاء إلى حجر خصوصي كالحجر على السفيه والمدين والطبيب الجاهل والمكاري المفلس فعليه لو أقر صغير مميز لأحد بدين فلا يصح هذا الإقرار بناء على المادة (١٥٧٣) (علي أفندي).

وقد حجر على الصغير لأنه إذا كان غير مميز فلفقدانه العقل وإذا كان مميزاً فلنقصان عقله إذ يوجد احتمال الغرر في تصرفاته. أما إذا أذن ولي الصغير المميز له فتصح تصرفاته التي تكون بين النفع والضرر بترجيح جانب المصلحة.

وقد حجر المجنون لأنه إذا كان مطبقاً فهو عديم العقل. كالصغير غير المميز أما إذا كان غير مطبق فهو محجور أصلاً في حال جنونه ولم يبق حاجة لحجر خصوصي لأن تصرفاته حينئذ غير صحيحة بلا إذن الولي. أما في حال صحوه وإفاقته فهو غير محجور أصلاً وتصح تصرفاته.

ويفهم من التفصيلات الآتية أن الصغير المحجور والمجنون غير المطبق يؤذن بفك الحجر عنهما أما الصغير غير المميز والمجنون المطبق فلا يؤذنا بفك الحجر (رد المحتار).

﴿مادة ٩٥٨﴾ للحاكم أن يحجر على السفيه.

هذا عند الإمام الثاني أبي يوسف، والمقصود من السفيه هنا من يبلغ سن الرشد غير سفيه فيصبح بعد ذلك سفيهاً. أما من يبلغ سن الرشد وهو سفيه فتمنع عنه أمواله إلى أن يبلغ الخامسة والعشرين من عمره أي أنه لا تعطى إليه أمواله قبل ذلك كما هو مذكور في المادة (٩٨٢). ولكن إذا بلغ الخامسة والعشرين فيجري الاختلاف الآتي (أبو السعود) وقول هذه المادة «للحاكم» مبني على أن الولاية على السفيه ليست للأب ولا للجد وأمثالهما بل هي للحاكم فقط. والسفيه، بما أنه يصرف ماله في غير مواضعه ويتلفه فقد الحق بالصبي لأن الحجر على الصبي ناشئ عن احتمال صرفه ماله في غير مواضعه وقد جاز الحجر على السفيه بالنظر إلى منفعته ولئلا يبتلي بالفقر الذي هو الموت الأحمر بإتلافه ماله (الهندية والطحطاوي).

مذهب أبي يوسف: لكن الإمام أبا يوسف يرى أنه يقتضي لعد السفيه محجوراً أن يحجر القاضي عليه ولا يكون محجوراً بلا حجر القاضي. لأن السفه لماكان غير محسوس فإنما يستدل عليه بالانخداع في التصرفات لأن الانخداع يحتمل أن يكون حيلة قصد بها استجلاب القلوب كما أنه يحتمل أن يكون إضاعة للمال بلا موجب عقلي بداعي السفه وإنما يثبت حكم الشيء المحتمل أمرين أو المتردد بين أمرين بالقضاء. ويوجد أيضاً في حجر السفيه (فائدة) باعتبار أنه يحصل فيه المحافظة على أمواله (وضرر) باعتبار أنه مستلزم أن تكون تصرفاته بعد الحجر غير صحيحة وإهدار أقواله والحاقه بالبهائم. وترجيح أحد الجانبين في محتملات كهذه على الآخر يكون بحكم الحاكم الذي هو مجبر على ملاحظة جهتي المنفعة والمضرة (الهندية، الكفاية).

فلذلك إذا صار السفيه مستحقاً الحجر لا يكون محجوراً بنفسه، فإذا زال السفه واكتسب صلاحاً فلا ينفك الحجر عنه بنفسه بل يتوقف على حكم الحاكم.

وعليه فتصرفات السفيه قبل الحجر صحيحة ومعتبرة. أما تصرفاته بعد أن اكتسب صلاحاً بعد الحجر وقبل الفك في حالة الحجر عليه فغير صحيحة (رد المحتار).

وعند الإمام محمد ينحجر السفيه بمجرد سفهه بلا حجر الحاكم ولذلك فتصرفاته بعد حصول

السفه غير صحيحة حتى إذا عرضت تلك التصرفات على الحاكم فهو مجبر على ابطالها كما أنه إذا تبدل سفهه بالصلاح فالحجر عليه يزول بنفسه وتصبح تصرفاته صحيحة وإذا عرضت تلك التصرفات على الحاكم فعليه تصديقها وتثبيتها (رد المحتار، الخانية).

مذهب الإمام الأعظم: ولم يجوز الإمام الأعظم رحمه الله تعالى الحجر على السفيه لأن الحجر على العاقل هو استلاب لآدميته والحاقه بالبهائم وهذا أشد ضرراً من التبذير وأقوى منه ولا يجوز اختيار الحجر الأعلى بدلاً من التبذير الأدنى.

ويصير إثبات الأعلى والأدنى على الوجه الآتي: ان الإنسان يفترق عن سائر الحيوانات باللسان والبيان وعليه فإطلاق اللسان واعتبار البيان نعمة أصلية وأما المال فهو نعمة زائدة فتكون نعمة إطلاق اللسان النعمة العليا ونعمة المال النعمة الدنيا (الهداية، الكفاية).

ويفهم مما مر من التفصيلات أن مذهب الإمام أبي يوسف مذهب متوسط وقد اسست هذه المادة على مذهب الإمام المشار إليه (الهداية).

لو حجر حاكم على سفيه وفك الحجر عنه حاكم آخر وأجاز تصرفاته كبيع المحجور قبل الفك وشرائه كان ذلك جائزاً وتكون تصرفاته بعد الفك صحيحة أيضاً (التنوير، رد المحتار).

لأن الحجر الحاكم الأول كافتاء من وجه وليس حكماً وقضاء من وجه ولا يقال بهذه المناسبة أن حكم حاكم في المسائل الخلافية لا ينقضه حاكم آخر. كما سيذكر في شرح المادة (٩٦٢) ألا ترى أنه يلزم في القضاء أن يكون مقضياً له ومقضياً عليه وهما في هذه المسألة ليسا بموجودين (الهداية، الحموي، رد المحتار). ولو عرض بعد ذلك فك الحجر للقاضي الثاني على قاض ثالث فيلزمه التصديق عليه وليس له أن ينقضه أو يبطله. لأن اعطاء القاضي قراراً لترجيح أحد الرأيين في المسائل الخلافية يكون نافذاً بالإجماع وغير قابل للفسخ (الهندية في الباب الثاني).

﴿مادة ٩٥٩﴾ يحجر المدين أيضاً من طرف الحاكم بطلب الغرماء.

كما يحجر على السفيه يحجر على المدين أيضاً من طرف الحاكم بعد أن يحكم بإفلاسه بطلب الدائنين والمراد بالغرماء الدائنون لئلا يضرهم بتصرفه في أمواله كالبيع والهبة لأنه لو باع المدين أمواله بطريق المواضعة من شخص آخر بمحضر شهود أو أقر له بها على هذا الوجه بطريق المواضعة فلا يجد الغرماء ما يستوفون به ديونهم فالحجر على السفيه كما ان فيه نظراً وفائدة له فالحجر على المدين فيه نظر وفائدة للغرماء أيضاً (الهداية، الكفاية) أنظر المادة (٢٦) فعدم سداد الدين (بالفتح) أثقل الأحمال وأضر في الدين من خبائث الأعمال (الخيرية).

وقد اتفق الأئمة على أن المدين إنما يحجر بحجر الحاكم. ولم يحصل في هذا الإختلاف الحاصل في السفيه إلا أن حجر المدين يشترط فيه أولاً الحكم بإفلاسه وذلك بأن يحكم الحاكم بإفلاس ذلك المدين ومن ثم يحكم عليه بالحجر بناء على إفلاسه حتى انه إذا حجر إبتداء أي قبل الحكم بإفلاسه فهذا الحجر

غير صحيح بالاتفاق. أما الحجر بالسفه فلا يشترط فيه الحكم ابتداء بالإفلاس (الكفاية، رد المحتار).

ويحجر الحاكم على المدين بطلب الغرماء سواء أكان مفلساً أي كان دينه زائداً على ماله أو مساوياً له أم غير مفلس. والحجر بسبب الدين مبني على مذهب الإمامين. أما الإمام الأعظم فلم يجوز الحجر بسبب الدين (تنوير الأبصار) وقد رأى أن ذلك الحجر غيرجائزلما فيه من سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الإختيار وسيأتي في المادة (٩٩٨) مع المواد التالية لها المسائل المتعلقة بحجر المدين.

التصرفات التي يؤثر فيها الحجر للسفه والدين:

إن حجر السفيه وحجر المدين على حد سواء وهما منحصران فيما يحتمل فسخه ويبطل بالهزل من التصرفات كالبيع والإجارة والهبة والصدقة. أما فيما لا يحتمل الفسخ ولا يبطل بالهزل من التصرفات فلا تأثير للحجر عليه كالنكاح، والطلاق، كما سيوضح في شرح المادة (٩٩٤). مثلاً لو تزوج المدين أو السفيه المحجور بزوجة أو أكثر وسمي صداقاً معيناً كان النكاح جائزاً. لأن الزواج من الحوائج الأصلية إلا أنه إذا كان الصداق المسمى زيادة عن مهر المثل لزم مهر المثل ويبطل الزائد (الزيلعي، رد المحتار).

الفروقات بين السفيه المحجور وبين المدين المحجور:

يوجد فروق بين حجر السفيه وبين حجر المدين على الأوجه الآتية:

أولاً: الحجر على السفيه يكون بالحجر على جميع أمواله أي أنه يشمل جميع أمواله التي اكتسبها قبل الحجر والتي اكتسبها بعده ويؤثر عليها. والحال أن الحجر على المدين ينحصر في المال الموجود قبل الحجر على ما ورد في المادة (١٠٠١) ويكون تصرفه في المال الذي يكتسبه بعد الحجر نافذاً (رد المحتار، والدر المنتقي).

ثانياً: إن سبب حجر السفيه سوء اختياره مع أن الحجر على المدين لحق الغرماء (رد المحتار).

ثالثاً:إن إقرار المحجور بالسفه حال حجره غير معتبر بمقتضى المادة (٩٩٤) كما أنه لا يعتبر بعد زوال الحجر أيضاً في حق المال الموجود أو المال الحادث مع أن المحجور بالدين إذا أقر في حال حجره يعتبر إقراره المذكور بعد زوال الحجر في حق الأموال الموجودة حين الحجر والأموال المكتسبة بعده، كما أنه يعتبر في حق الأموال الحادثة حال حجره (رد المحتار، الهندية في الباب الثاني).

رابعاً: قد مر معنا أنه يشترط في حجر المدين الحكم بإفلاسه قبل الحجر والحجر عليه بلا افلاس غير صحيح بخلاف الحجر على السفيه فلا يشترط فيه الحكم بإفلاسه.

﴿مادة ٩٦٠﴾ المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وإن لم يعتبر تصرفهم القولي كالبيع والشراء إلا أنهم يضمنون حالاً الخسارة والضرر اللذين نشأ من فعلهم مثلاً لو أتلف الصغير مال آخر لزم الضمان ولو كان غير مميز.

يؤاخذ المحجورون بأفعالهم لأن الحجر لا يجري في الأفعال. أنظر شرح المادة (٩٤١).

وعليه فالمحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة يعني الصغير، والمجنون، والمعتوه، والأبله، والسفيه، والمدين وإن لم تعتبر تصرفاتهم القولية الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإقرار والتي تكون ضرراً محضاً كهبة مال والتصدق به بمقتضى المواد (٩٦٦، ٩٦٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٩٠، ٩٩١) ألا أنهم يضمنون من ماالهم الضرر والخسارة اللذين نشأ من فعلهم سواء أكان ذلك الضرر عائداً على المال كإتلاف مال أم متعلقاً بالنفس كإتلاف النفس أو قطع العضو حالاً أي بدون انتظار حال البلوغ أو حال الصحو والإفاقة أو انتظار وقت فك الحجر.

لأن الحجر بمقتضى المادة (٩٤١) مختص بالأقوال وليس في الأفعال حجر. لأنه لما كان الفعل موجوداً حساً ومشاهدة فلا يمكن رده وإعادته واعتباره كأن لم يكن.

مثلاً إذا أتلف صبي غير مميز أو مميز محجور مالاً واعتبر هذا الإتلاف معدوماً فإن ذلك يوجب أن نعتبر في الشيء الذي تلف عدم التلف وهذه الحال إنكار للحقائق ودخول في مذهب السفسطائية (الهداية). فلذلك لو قتل صبي أحداً لزمت الدية. وإلا فعد القتل كأن لم يكن يستلزم أن يكون.

المسألة السادسة في العارية، لو استهلك الصبي المال الذي أعير له بلا إذن الولي فلا يلزم ضمان أنظر المادة (٨٠٩) لأنه لو لزم الضمان في هذه المسألة للزم ضمان العقد والحال أن الصبي ليس من أهل الإلتزام لكن الإمام أبا يوسف يقول أن الضمان هنا ضمان فعل والصبي أهل لالتزام الفعل (رد المحتار).

فرق، إذا أتلف الصبي مال أحد بلا سبق الإقراض والإيداع والإعارة يلزم الضمان بالإجماع والسبب في عدم الضمان في هذه المسائل قد بين في المادة (٧٧٦) شرحاً «الطحطاوي».

المسألة السابعة في الهبة: وإن يكن إن المال الموهوب هبة فاسدة والمسلم مضمون على الموهوب له بمقتضى المادة «٨٥٨» إلا أن الموهوب والمسلم على هذا الوجه للصبي المحجور غير مضمون فيما إذا استهلكه الصبي.

المسألة الثامنة في الشركة، لو أعطى أحد مبلغاً لصبي محجور على أن يكون رأس مال للشركة واستهلكه الصبي فلا يلزم الضمان.

قيل في القاعدة «إذا سلم المال» لأنه لو سلم أحد خادمه لصبي محجور وقتله الصبي تلزم الدية. والفرق بين المال والنفس هو: أن للإنسان أن يمكن آخر من إتلاف ماله ويرخص له بذلك لأن عصمة المال تكون لحق صاحبه أما عصمة الإنسان فلحق نفسه وليس لحق مولاه. وعليه فكما أن مولى الخادم ليس له استهلاكه فليس له أن يمكن غيره من استهلاكه «رد المحتار قبيل القسامة».

﴿مادة ٩٦١﴾ إذا حجر السفيه والمدين من قبل الحاكم يبين سببه للناس ويشهد عليه ويعلن.

إذا حجر السفيه والمدين من قبل الحاكم يلزم.

١ ـ بيان سببه أي سبب الحجر إن كان من أجل السفه أو من أجل الدين والإشهاد على ذلك.

٢ ـ بما أنه يوجد اختلاف بين أحكام المحجور بالسفه وبين أحكام المحجور بالدين كما سيأتي إيضاحه فيلزم بيان كون الحجر بالسفه أو بالدين.

٣ ـ إذا كان الحجر لأجل الدين يبين ويعلن وقوع الحجر لأجل أي دائن.

وإيضاح هذه المادة كما يلي:

يجدر بالحاكم الإشهاد على الحجر حتى لا ينكر حجره على المحجور كما يجب أن يبين كونه وقع بدين أو سفه. لأن أحكام الحجر تختلف باختلاف أسبابه. فالحجر بسبب الدين يؤثر كما هو مذكور في المادة «١٠٠١» في حق المال الموجود. أما في المال الحادث فغير مؤثر. والحال ان الحجر بسبب السفه يشمل جميع الأموال.

وعلى هذا التقدير إذا أعلن أن الدين سبب الحجر فيفهم أن تصرف المحجور في ماله الحادث صحيح ويجب إذا كان الحجر بالدين أن يبين ويعلن اسم الدائن الذي وقع الحجر بطلبه حتى يرتفع الحجر باستيفاء الدائن حقه أو بإبرائه المحجور «العناية، الهندية في الباب الثالث».

إن حكم هذه المادة أي بالإشهاد والإعلان خاص بحجر السفيه وحجر المدين لأن المحجورين الآخرين كالصغير والمجنون والمعتوه غير محتاجين إلى حجر الحاكم وهم محجورون بأنفسهم فلا يجري حكم هذه المادة في:

النوع الثاني – التصرفات القولية التي هي ضرر محض وذلك كهبة الصغير لآخر. وهذه التصرفات من الصغير باطلة ولو أذن ولي الصغير والمعتوه بها. أنظر الفقرة الثانية من المادة (٩٦٧) التي مر ذكرها وسيأتي ذكر ذلك أيضاً في المادة (٨٥٩).

النوع الثالث ـ التصرفات القولية الدائرة بين النفع والضرر وهذه التصرفات هي التي بين في هذه المادة أنها غير معتبرة. لكن عدم اعتبار تصرف الصغير المميز على تقدير وقوعه لنفسه. وإلا فلو تصرف بالوكالة لغيره كان ذلك صحيحاً كما هو مصرح في المادة (١٤٥٨) (رد المحتار).

مثلاً لو استهلك مفلس أو سفيه محجور مالاً لأحد يعني إذا ثبت استهلاكه بالبينة يلزم الضمان من أمواله الموجودة وقت الحجر كذلك لو أتلف صبي ولو كان غير مميز أو مجنون مال أحد لزم الضمان في الحال من ماله وإذا لم يكن مال فيلزم الانتظار إلى حال يسره (رد المحتار، أبو السعود).

حتى إنه لو انقلب الطفل المولود حديثاً على قارورة أحد فانكسرت يلزم الصبي الضمان في الحال كذلك لو ألقى الصبي متاع أحد في النار واستهلكه لزم الضمان (الفتاوى الجديدة، رد المحتار).

مستثنيات: يستثنى بعض المسائل من قاعدة (يؤاخذ المحجورون بأفعالهم) وإليك من هذه المسائل الاستثنائية القاعدة الآتية:

القاعدة: إذا سلم أحد الصبي المحجور مالاً بوجه من أوجه التسليم واستهلكه الصبي فلا يلزمه ضمان عند الطرفين. أما عند الإمام الثاني والإمام الشافعي فيلزم الضمان (رد المحتار قبيل القسامة، الخانية في الإذن، والأنقروي).

يتفرع عن هذه القاعدة مسائل عديدة وهي :

المسألة الأولى، في البيع : بما أنه يشترط في البيع على ما جاء في المادة (٣٦١) أن يكون المشتري عاقلاً مميزاً فلو باع أحد مالاً له من صبي غير مميز وسلمه اياه واستهلكه الصبي فكما لا يلزم الصبي غير المميز إعطاء ثمن المبيع لا يلزمه ضمان المال أيضاً.

المسألة الثانية، في الإجارة : بما أنه يشترط في الإجارة أن يكون المستأجر عاقلاً مميزاً كما هو مبين في المادة (٤٤٤) فلو آجر أحد مالاً لصبي غير مأذون أو لمجنون وسلمه اياه واستهلكه فلا يلزمه ضمان كما لا يلزمه بدل الإيجار.

المسألة الثالثة، في الرهن : بما أنه يشترط في الرهن بمقتضى المادة (٧٠٨) أن يكون المرتهن عاقلاً فلو رهن أحد ماله عند صبي غير عاقل أو مجنون وسلمه اياه واستهلكه الصبي أو المجنون فلا يلزم ضمان الرهن.

المسألة الرابعة، في القرض : إذا أخذ الصبي المحجور مالاً قرضاً واستهلكه فلا يلزم ضمان الطرفين. أما عند الإمام الثاني والإمام الشافعي فيلزم الضمان. والصحيح هو هذا القول (الطحطاوي).

أما حق صاحب المال في استرداده إذا كان موجوداً في يد الصبي عيناً وعدم لزوم الضمان إذا تلف بلا تعد ولا تقصير فمتفق عليه (رد المحتار، الطحطاوي قبيل القسامه).

المسألة الخامسة، في الوديعة : إذا استهلك الصبي المحجور المال المودع عنده بلا إذن الولي فلا يلزم الضمان عند الطرفين. أما لو استهلك الصبي المذكور المال المودع عند أبيه فيضمن. وقد مر في شرح المادة (٧٧٨) بعض تفصيلات أيضاً.

ويحجر على بعض الأشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم لدفع الضرر العام وقد أشار بقوله (كالطبيب) إلى أن هناك أشخاص آخرين يستحقون الحجر وهم المفتي الماجن والمكاري المفلس، ولنوضح الآن البحث عن هؤلاء الأشخاص الثلاثة.

الطبيب الجاهل، هو الذي يعطي الأدوية المهلكة للناس ويسقيهم اياها عن غير علم والذي لا يستطيع دفع الضرر عند ظهور المضرة والتهلكة (الطحطاوي).

المفتي الماجن : هو من يعلم الناس الحيل الباطلة أي الحيل المؤدية إلى الضرر والذي يفتي عن جهل ولا يبالي بتحليل الحرام وتحريم الحلال (أبو السعود المصري).

يقولون : رجل ماجن، والماجن مأخوذ من المجون واسمه بضم الميم مجان معناه الصلب والغليظ والذي لا يخشى كلام الناس ولا يبالي بما صنع، يعني هو الذي لا يستحي ولا يخجل ولعله مأخوذ من غلظ الوجه إذا قل حياؤه وهذا اللفظ ليس بعربي محض.

المكاري المفلس، هو من ليس لديه دابة وليس لديه وسائط أخرى للنقل كما أنه ليس لديه نقود لشراء ذلك ويكري الناس دواب ومتى جاء وقت تسليمها للمستأجر يختفي وبما أن بعض الناس يعتمدون على كلام ذلك المكاري فيعطونه قسماً من الأجر سلفاً فيصرف ذلك في مرافقه وحوائجه ومتى

حل وقت الذهاب إلى المحل المقصود اختفى فتتلف بذلك أموال الناس إذ أنهم لا يصلون المكان المقصود في الوقت الذي يختارونه وبذلك يفوت مقصودهم (الهندية في الباب الأول من الحجر).

إن هؤلاء المفسدين أي اللذين يفسدون الأبدان والأموال والأديان يمنعون إذ يختار الضرر الخاص لدفع ضرر عام، والمنع المذكور هو من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (رد المحتار) لكن المراد هنا من الحجر المنع من اجراء العمل لا منع التصرفات القولية يعني ان منع هؤلاء على هذا الوجه ليس من باب الحجر على السفيه. وعليه فلو باع الطبيب الجاهل بعد المنع والحجر دواء فكما أن بيعه يكون نافذاً فالمفتي الماجن لو أفتى بعد الحجر وكان مصيباً في فتواه كان ذلك جائزاً. وتدل هذه الأحوال على أن المقصود في الحجر على هؤلاء ومنعهم هو المنع الحسي (التنوير، أبو السعود، الطحطاوي، رد المحتار) وعليه فقد جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة (يحجر) ولو قيل (يمنع) لكان أولى ولكن قد يقال ان التعبير به أردع (الدر المنتقى) وقد ألحق بعض العلماء المحتكرين ومن يبيع الجوائج الضرورية بأغلى من قيمتها بهؤلاء الثلاثة، ولكن بما أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واسع فيجب أن لا يقصر مثل هذا الحجر والمنع على هؤلاء فقط أما لو أراد أحد أن يتعاطى أو أن يتعلم صنعة أو حرفة من أهلها فليس لأصحاب تلك الصنعة أو الحرفة أي ليس لنقبائها الحجر عليه ومنعه بداعي أنهم لا يريدون أن يتعاطى تلك الصنعة أو أن يعلموه اياها وذلك كما سيبين في المادة الآتية (رد المحتار).

﴿مادة ٩٦٥﴾ إذا اشتغل أحد بصنعه أو تجارة في سوق فليس لأرباب هذه الصنعة أو التجارة أن يحجروه أو يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصنعة أو التجارة بداعي أنه يطرأ على ربحهم وكسبهم نقص وخلل.

إذا اشتغل أحد بصناعة كالصباغة والخياطة أو تجارة في سوق فليس لأرباب هذه الصنعة أو التجارة أن يحجروه أو يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصنعة أو التجارة بداعي أنه يطرأ على ربحهم وكسبهم نقص وخلل.

مثلاً لو تعاطى أحد الدباغة وأراد بيع الجلود التي دبغها وطلب الدباغون الحجر على ذلك الشخص ومنعه من تعاطي الدباغة فلا يسمع لهم (التنقيح) كذلك لو أراد شخص أن يتعلم صنعة فليس لأهل تلك الصنعة أن يمنعوه من تعلمها. وكذلك لو فتح أحد حانوتاً في جانب حانوت لآخر وكسد البيع والشراء في الحانوت الأول فلا يقفل الحانوت الثاني على ما جاء في المادة (١٢٨٨).

ويمنع في زماننا بعض أرباب الصنائع والتجارة غيره من فتح حانوت أو مخزن لتعاطي تلك الصناعة أو التجارة إذا كان الحانوت أو المخزن قريباً من حانوته أو مخزنه مسافة معلومة. فعليه إذا رفع الأمر إلى المحكمة فعلى المحكمة أن تمنع حصول أمور كهذه حسب هذه المادة.

وإليك الفرق بين المادة السالفة وبين هذه المادة.

وقد اختير في المادة السالفة الضرر الخاص لدفع الضرر العام وهذا جائز. وأما لو منع في هذه المادة فيكون قد اختير دفع الضرر الخاص لدفع ضرر خاص مع أنه لا يزال الضرر بمثله.

الفصل الثاني

في بيان المسائل التي تتعلق بالصغير والمجنون والمعتوه

﴿مادة ٩٦٦﴾ لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية مطلقاً وإن أذن له وليه.

أي سواء أكانت نفعاً محضاً في حق الصغير كقبول الهبة أو كانت ما بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلا تصح ولا تنفذ وإن أجازها وليه (رد المحتار).

وقد بين في شرح المادة (٩٥١) إن عدم الصحة هذا فيه نظر للصبي وفائدة لكونه عديم العقل (أبو السعود).

وبما ان هذه المسألة قاعدة جارية في جميع العقود والمعاملات فلنبادر إلى ذكر بعض المسائل المتفرعة عنها توضيحاً للمسألة:

١ ـ في البيع: يشترط في انعقاد البيع على ما ذكر في المادة (٣٦١) صدور ركنه من أهله أي العاقل المميز والبيع الذي لا يكون حائزاً هذا الشرط يكون باطلاً.

٢ ـ في الإجارة: يشترط في صحة الإجارة بمقتضى المادتين (٤٤٤ و٤٥٨) أهلية العاقدين فلذلك يكون إيجار الصغير غير المميز واستئجاره باطلين.

٣ ـ في الكفالة: يشترط لانعقاد الكفالة بمقتضى المادة (٦٢٠) كون الكفيل عاقلاً بالغاً فلذلك كانت كفالة الصبي باطلة.

٤ ـ في الحوالة: يشترط بمقتضى المادة (٦٨٤) كو المحال له والمحال عليه عاقلين فإحالة الصبي غير المميز على أحد بدين أو الإحالة عليه بدين أحد باطلتان.

٥ ـ في الرهن: يشترط على ما جاء في المادة (٧٠٨) كون الراهن والمرتهن عاقلين فإذا كان أحدهما غير عاقل كان الرهن باطلاً.

٦ ـ في الأمانات: يشترط فيها على ما جاء في المادة (٧٧٦) كون المودع والمستودع عاقلين فإيداع الصبي غير المميز وقبوله الوديعة غير صحيحين.

وكذلك يشترط بمقتضى المادة (٨٠٩) كون المعير والمستعير عاقلين فإعارة الصبي غير المميز واستعارته غير صحيحتين.

٧ ـ في الهبة، يشترط في الواهب أن يكون عاقلاً وذلك بمقتضى المادة (٨٥٩) فهبة الصغير غير صحيحة.

٨ ـ في الشركة، قد اشترط في المادة (١٣٣٣) أن يكون الشركاء عاقلين مميزين في جميع

الشركات كما أنه يستفاد من المادة (١٥٠٨) أن يكون رب المال والمضارب عاقلين مميزين في شركة المضاربة وكذلك يشترط في المزارعة بمقتضى المادة (١٤٣٣) كون العاقدين عاقلين وكذلك في المساقاة يشترط فيها بمقتضى المادة (١٤٤٣) أن يكون العاقدان عاقلين وعليه فإذا كان أحد العاقدين في المزارعة أو المساقاة غير عاقل كانتا باطلتين.

٩ ـ في الوكالة: إن توكيل الصبي غير المميز بناء على المادة (١٤٥٧) أي توكيله آخر في أموره باطل. فإذا وكل غير العاقل وتصرف فتصرفه باطل لأنه يشترط بمقتضى المادة (١٤٥٨) كون الوكيل عاقلاً.

١٠ ـ في الصلح: يشترط على ما ذكر في المادة (١٥٣٩) كون المصالح عاقلاً فصلح الصبي غير المميز غير صحيح أصلاً. وكذلك إبراء الصبي باطل بمقتضى المادة (١٥٤١).

١١ ـ في الإقرار: يشترط بمقتضى المادة (١٥٧٣) كون المقر عاقلاً وعليه فإقرار الصغير والصغيرة غير صحيح. حتى إن الصبي المحجور إذا قال بعد البلوغ إن اقراري الذي كان قبل البلوغ بكوني أتلفت مال فلان بدون اذنه باطل فلا يؤاخذ، أما لو قال إن اقراري السابق حق فيؤاخذ (الطوري) أنظر شرح المادة (٩٦٠).

١٢ في الشهادة، إن شهادة الصبي ليست مقبولة، فعليه لا تقبل شهادة الصبي على الوقائع التي تحصل في محال لعبه.

١٣ ـ في القضاء: لا يجوز قضاء الصغير كما هو مذكور في المادة (١٧٩٤).

﴿مادة ٩٦٧﴾ يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محضاً وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن اذنه بذلك وليه وأجازه كأن يهب لآخر شيئاً أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتنعقد موقوفة على إجازة وليه، ووليه مخير في إعطاء الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا. مثلاً إذا باع الصغير المميز مالاً بلا إذن وإن كان قد باعه بأزيد من ثمنه يكون نفاذ ذلك البيع موقوفاً على إجازة وليه لأن عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الأصل.

ويعتبر تصرف الصغير المميز الذي يكون في حقه نفعاً محضاً أي التصرف النافع نفعاً دنيوياً من كل وجه كما هو مذكور في المادة (٨٥٣) ولو لم يأذن به الولي ولم يجزه لأن عدم اعتبار تصرف الصغير المميز مبنى كما بين في شرح المادة (٩٥٧) على احتمال الضرر في تصرفاته ولما كان ليس في هذا ضرر ما فهو معتبر إلا أنه يشترط أن يكون المال الموهوب شيئاً نافعاً للصغير. كما بين في شرح المادتين (٨٥٢ و٨٥٣).

فلذلك لو آجر الصغير المميز نفسه من آخر لإجراء عمل، وأوفى ذلك العمل استحق الإجرة على ما جاء في المادة (٥٩٩) ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض أي تصرفه تصرفاً دنيوياً مضراً

من كل وجه كما هو مبين في المادة (٨٥٩) كأن يهب لآخر شيئاً أو يهديه اياه أو يتصدق به عليه أو يقر له به أو يبرئه منه ولو أذنه بذلك وليه وأجازه لأنه يشترط في اعتبار تصرفات ضارة كهذه الأهلية الكاملة أي العقل والبلوغ ولذلك اشترط كون الكفيل عاقلاً بالغاً في انعقاد الكفالة في المادة (٦٢٨) واشترط في المادة (٨٥٩) العقل والبلوغ في الواهب.

قيل (ضرر دنيوي): لأنه لا تعتبر جهة وجود النفع الأخروي في تصرف الصغير. وعليه فالصدقة والقرض وأمثالهما من التصرفات وإن كان فيها نفع اخروي فليست بصحيحة لما فيها من ضرر دنيوي (الطحطاوي) وسيبين في شرح المادة (٩٧٢) ما حصل من الاختلاف في حق القرض.

وعليه لو أبرأ الصغير وصيه من كذا درهماً له في ذمته فلا يصح ذلك الإبراء (علي أفندي) وكذلك إذا أجاز الصبي المميز بعد البلوغ تصرفاته كالهبة والهدية والصدقة فلا تصح إجازته لأنه يكون قد أجاز تصرفاً باطلاً والتصرف الباطل لا يقبل الإجازة على أن له أن يجدد العقد بعد البلوغ.

ويستفاد من بيان عدم صحة التصرفات المضرة ضرراً محضاً ولو أذن بها ولي الصغير أنه ليس لولي الصغير أو وصيه أو القاضي أن يهب مال الصغير بالذات أو أن يتصدق به أو يهديه أنظر المادة (٥٨) «رد المحتار».

إن بطلان تصرفات الصغير المميز المضرة هذه فيما إذا كانت في ماله أما لو تصرف الصغير المميز في مال غيره بالوكالة فتصرفه نافذ ومعتبر كما هو مصرح في المادة «١٤٥٨».

أما عقود الدائرة بين النفع والضرر أو تصرفاته فإذا كانت لنفسه تنعقد موقوفة على إجازة وليه أو إجازته بعد البلوغ أو بعد الاذن. أما إذا كانت لغيره بطريق الوكالة فهي نافذة على ذلك الغير ولا تتوقف على إجازة وليه كما سيبين في المادة «١٤٥٨» «أبو السعود المصري».

وفي صحة اجازة التصرفات العائدة للصغير وعدم صحتها توجد القاعدتان الآتيتان:

القاعدة الأولى: كل تصرف يستطيع ولي الصغير أو وصيه الآتيان به في مال الصغير إذا تصرف أحد غيره هذا التصرف كان موقوفاً على الاذن ويصح هذا الإذن من الولي او الوصي كما يصح أيضاً من الصبي بعد البلوغ أو بعد أن يؤذن. فعليه يكون بيع الصبي موقوفاً على الاذن كما أنه لو باع الأجنبي مال الصغير يكون بيعه موقوفاً على الاذن أيضاً لأن الإجازة انتهاء كالاذن ابتداء إذ كما تكون هذه التصرفات نافذة بفعل ولي الصبي أو وصيه أو بفعل الصبي المأذون أو البالغ ابتداء تكون أيضاً نافذة بالإجازة انتهاء.

القاعدة الثانية: كل تصرف لا يمكن لولي الصغير أو وصيه أن يتصرفه كانت الإجازة باطلة إذا تصرفه الصغير أو الأجنبي وأجازه الولي أو الوصي بعد البلوغ أو بعد الاذن «الهندية في الباب الثاني عشر من الحجر بزيادة ما» وعليه فهبة الصغير تكون باطلة ولا تكون موقوفة على الاذن كما أنه وهب أجنبي مال الصغير من آخر فضولاً فلا تكون هذه الهبة موقوفة بل تكون باطلة.

والحكمة في نفاذ التصرفات النافعة وبطلانها في غير النافعة وإيقافها على الاذن في التصرفات

الدائرة بين النفع والضرر هي أن الصبي المميز باعتباره عاقلاً يشبه العاقل والبالغ وباعتبار قصور عقله وعدم توجه الخطاب إليه أي عدم تكليفه هو مماثل للطفل الذي لا يعقل ولذلك تثبت ولاية الغير عليه ولذلك فقد ألحق الصبي المميز في التصرفات التي هي نفع محض له بالبالغ والحق بالطفل في التصرفات التي هي ضرر محض له.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فبما أنه يحتمل الضرر فيها لنقصان عقل الصغير كما أنه يؤمل أن يكون فيها نفع فلذلك إذا أذنه الولي يكون قد رجح جانب المصلحة أي أن الولي يكون قد رأى منفعة في ذلك التصرف فيصبح ذلك التصرف صحيحاً (أبو السعود، الطحطاوي، التنقيح).

إن هذا النوع من تصرفات الصغير المميز فكما صحيحاً بعد إعطاء الصغير الاذن يكون صحيحاً أيضاً فيما لو تصرف الصغير قبل الاذن وأجاز الولي تصرفه.

فلذلك إذا تصرف الصغير المميز قبل الاذن فأجاز الصبي هذا التصرف بالذات بعد أن أذنه الولي أو بعد أن بلغ جاز ولا يجوز التصرف المذكور بمجرد بلوغ الصغير بدون الإجازة (التنقيح).

وعليه فتصرفات الصغير المميز تكون نافذة على ثلاثة أوجه.

١ ـ إذا تصرف بعد الاذن.

٢ ـ إذا تصرف قبل الاذن وأجازه الولي بعد ذلك.

٣ ـ إذا تصرف قبل الاذن وأجاز تصرفه بنفسه بعد الاذن أو بعد البلوغ (الهندية في الباب الأول، رد المحتار).

يستفاد من قول المجلة (ينعقد موقوفاً على إجازة وليه) أنه إذا كان للصغير حين إجرائه ذلك التصرف وصي خاص كالأب أو الوصي أو وصي عام كالقاضي فتنعقد تلك التصرفات موقوفة على إجازة ذلك الولي. أما إذا لم يوجد للصغير المذكور ولي خاص أو ولي عام وقت انشائه تصرفاً كهذا فيكون مثل هذا العقد والتصرف باطلاً ولا يكون موقوفاً على إجارة الصبي بعد البلوغ. لأنه عند وقوع ذلك العقد لم يكن ولي خاص أو ولي عام كالقاضي يجيزه فأصبح باطلاً ولذلك لم تصح إجازته بعد بلوغ الصبي لبطلانه.

مثلاً إذا وجد صبي مميز من رعية الدولة العلية في بلاد أجنبية وباع مالاً له هناك من أحد ولم يوجد له ولي خاص ولا ولي عام كالقاضي لعدم وجوده تحت ولاية قاض فالعقد باطل ولا يصح بالإجازة بعد البلوغ. لأنه وإن كان نفس العقد قابلاً للإجازة إلا أنه لم يوجد ولي يجيزه وقت وقوعه فكان باطلاً غير أن بعض الفقهاء المتأخرين يرون أنه إذا أنشأ الصغير المميز عقداً من هذا النوع ينعقد موقوفاً على إجازة الصغير بعد البلوغ ولو لم يوجد له ولي خاص أو عام (التنقيح).

ويستفاد من هذه الإيضاحات أن للعقد الصادر من الصغير شرطين ليكون موقوفاً على الإجازة أحدهما يعود إلى نفس العقد والثاني إلى المجيز.

الشرط الأول، أن يكون ذلك العقد قابلاً للإجازة كالبيع بثمن المثل. فلذلك لو وهب الصغير ماله لآخر أو كفل آخر أو قبل أن يحيل أحد الدين عليه وما اشبه ذلك من العقود فبما أنها تكون باطلة حين وقوعها فلا تقبل الإجازة.

الشرط الثاني، أن يكون للصغير ولي خاص أو عام حين وقوع العقد.

على أن الولي مخير في الإجازة في العقود الدائرة بين النفع والضرر فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها أي إذا شاء فسخها وأبطلها وإن رآها غير مفيدة فلا يجيز أي يجوز له عدم إجازتها.

ويستفاد من عبارة (فإن رآها مفيدة) أنه يشترط لإجازة الولي عقداً كهذا شرط أساسي وهو أن لا يكون في العقد غبن فاحش وعليه أو أجاز الولي مع الغبن الفاحش فلا تصح أنظر المادة (٥٨) لكن إذا باع الصبي المأذون المال بغبن فاحش صح البيع كما هو مذكور في المادة (٩٧٢) أما إذا أجاز الولي بيع الصغير الغير المأذون بغبن فاحش فلا تصح إجازته فيجب إيجاد الفرق بين الحالتين لاختلاف الحكم فيهما أنظر شرح المادة المذكورة.

وللولي إجازة عقد الصبي الذي فيه غبن يسير (رد المحتار).

إن العقود الدائرة بين النفع والضرر هي كالبيع، والشراء، والسلم، والاستصناع، والرهن، والإيداع والاستيداع وما اشبه: إلا أنه يرد سؤال على توقف الشراء وهو إذا كان التوقف على الإجازة يقع في البيع فلا يقع في الشراء لأن الشراء لا يبقى موقوفاً وينفذ حق المشترى. مثلاً لو باع أحد مال زيد بلا اذن كان ذلك موقوفاً على إجازة زيد بخلاف ما لو اشترى أحد مالاً ناوياً أنه لزيد بدون اذنه ولا وكالته نفذ الشراء في حق المشتري وصار ملكاً له فلو أجاز زيد بعد ذلك هذا الشراء فلا يصبح مالاً لزيد.

يقال جواباً على هذا السؤال إن نفاذ الشراء في حق المشتري يكون في الصورة التي يكون المحل قابلاً ومساعداً للنفاذ كما في شراء الفضولي. أما في هذه المسألة فحيث إن الصبي المميز غير ذي أهلية وليس محلاً قابلاً للنفاذ فلم ينفذ الشراء وبقي موقوفاً كالبيع (الزيلعي).

القاعدة العمومية وما يتفرع عنها.

يتفرع عن فقرة (أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل. . .) بسبب كونها قاعدة عمومية مسائل وفيرة من الكتب العديدة:

البيع والشراء: لو باع الصغير المميز مالاً بلا اذن يكون نفاذ ذلك البيع موقوفاً على إجازة وليه ولو كان باعه بأزيد من قيمته لأن عقد البيع في الأصل بقطع النظر عما يقع من الجزئيات صدفة واتفاقاً هو من العقود المترددة بين النفع والضرر. ففي البيع نفع لأنه يحصل بسببه على ثمن المبيع وفيه ضرر لأن ملك البائع يزول عن المبيع. وهكذا الحال في الإجارة والنكاح وغيرهما (القهستاني).

فلذلك لو اشترى صبي مالاً ولو اشتراه بأنقص من ثمنه فنفاذ شرائه موقوف على إجازة وليه ووليه مخير إن شاء أجاز في مصلحة الصبي ومنفعته إن رآه مفيداً وإن شاء فسخ ويستفاد من كون حق الإجازة عائداً للولي أنه لا يمنع الولي بعد الاذن من التصرف في مال الصغير المأذون حتى لو كان الصغير المأذون مديناً (أبو السعود).

أي ان حق ولاية الولي لا تسقط بإعطاء الولي الاذن للصغير أما إذا بلغ الصغير فلا تبقى ولاية للولي بعد،

وقد أشارت المجلة بقولها (لأن عقد البيع في الأصل . . .) إلى هذا السؤال والجواب :

السؤال : ألا يجب لو باع الصبي المميز مالاً له وكان نفعاً محضاً بأن باعه بأضعاف قيمته أو اشترى مالاً بأقل من قيمته بكثير وكان نفعاً محضاً أن ينفذ لأنه كالهبة .

الجواب : إن المعتبر في مسألة النفع والضرر هو الوضع الأصلي وليس الجزئيات التي تقع اتفاقاً (العيني) والبيع في وضعه الأصلي متردد بين النفع والضرر (الطحطاوي) يعني أن الحكم كما هو مذكور في شرح المادة (١٨٩) يعتبر في الجنس وليس في الجزئيات .

خلاصة الكلام : إن تصرفات الصغير المميز على ما جاء في شرح المادة (٩٦٠) على ثلاثة أقسام : أولها : ما كان نفعاً محضاً كاتهاب مال وما كان ضرراً محضاً كان يهب ماله لآخر وما كان دائراً بين النفع والضرر كالبيع فأولها ينفذ بلا إذن ؛ وثانيها : يكون باطلاً ولو أذن فيه ؛ وثالثها : موقوف على الاذن إذا لم يكن فيه ضرر فاحش (ابو السعود) .

ويبين في المادة (٩٧٤) من له حق الولاية على الصغير في هذا الباب .

الإجارة ـ إن إجارة الصبي المميز منعقدة على ما ذكر في شرح المادة (٤٤٤) أما غير المأذون فإجارته موقوفة على إجازة وليه .

الحوالة ـ إن قبول الصبي المميز الحوالة على ما ذكر في المادة (٦٨٥) تنعقد موقوفة على إجازة وليه .

الرهن ـ إن رهن الصبي المميز وارتهانه جائزان كما هو مذكور في شرح المادة (٧٠٨) أما إذا لم يكن مأذوناً كانا موقوفين على إجازة الولي .

الأمانات ـ إن إيداع الصبي المميز وقبوله الوديعة كما هو مذكور في المادة (٧٧٦) صحيحان فإذا كان مأذوناً كانا نافذين وإذا لم يكن مأذوناً كانا موقوفين على إجازة وليه .

وكذلك إعارة الصبي المميز واستعارته صحيحتان بمقتضى المادة (٨٠٩) وإذا لم يكن مأذوناً كانتا موقوفتين على إجازة وليه .

الشركة ـ يشترط أن يكون الشركاء مميزين وذلك بمقتضى المادة (١٣٣٣) فإذا كان الصبي مأذوناً نفذت الشركة وإلا كانت موقوفة على إجازة الولي وللصبي المميز أن يعقد عقد مزارعة حسب المادة (١٤٤٣) وإذا كان غير مأذون تنعقد موقوفة على إجازة الولي .

الوكالة ـ إذا وكل الصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وكان غير مأذون كانت موقوفة على إذن وليه بمقتضى المادة (١٤٥٧) .

الصلح ـ إذا تصالح الصبي المميز مع آخر ولم يكن ثمة ضرر بين كان صحيحاً بمقتضى المادة (١٥٣٩) فإذا كان مأذوناً كان نافذاً وإذا كان غير مأذون كان موقوفاً على إجازة وليه .

الاستقراض ـ إذا استقرض الصبي المحجور دراهم وأعطاها مهراً لزوجة كان جائزاً . وإذا أنفقها

في غير ذلك من لوازمه فلا يؤاخذ بها في الحال ولا بعد البلوغ (الهندية في الباب الثاني، وواقعات المفتين).

الأحوال التي يرفع فيها الحجر عن الصبي: الأسباب التي ترفع الحجر عن الصبي إثنان:
أولهما إعطاء وليه الاذن له وستبحث مادتا (٩٦٩ و ٩٧١) من المجلة في هذه الفقرة. ثانيهما البلوغ وستبحث المادة (٩٨٥) وما يليها من المواد فيه (التنقيح).

﴿مادة ٩٦٨﴾ للولي أن يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة فإذا تحقق رشده دفع وسلم إليه باقي أمواله.

لولي الصغير ان يأذن له أي أنه لولي الصغير المميز أن يسلم له مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة والاختبار أي ليعلم بأنه صار رشيداً أم لا يزال غير رشيد وعليه فإذا أحسن الصغير التصرف بالمال وتحقق الولي رشده سلمه ودفع إليه باقي أمواله أي يجوز للولي أن يدفعها ويسلمها إليه ولكن لو بلغ الصغير البلوغ فلا يستعجل بإعطائه ماله وإنما يختبر ويجرب **بادئ** الأمر ومتى تبين رشده وتحقق فحينئذ تعطى إليه أمواله كما هو مصرح في المادة (٩٨١).

ويفهم من هذه الإيضاحات أن تسليم ودفع مال الصغير إليه ليس ببلوغه بل هو مشروط برشده فلذلك لو تبين رشده جاز إعطاؤه ماله ولو كان صغيراً. كما أنه لا يجوز دفع وتسليم المال إليه إذا كان سفيهاً وغير رشيد ولو كان بالغاً.

وإذا سلم الوصي المال للصبي الذي ثبت رشده على الوجه المذكور في هذه المادة وضاع من يده فلا يلزمه ضمان أنظر المادة (٩١) رد المحتار. أما إذا أعطاه اياه قبل أن يثبت رشده فيضمن كما هو مصرح في المادة (٩٨٣).

وإذا أعطى الولي اذناً للصغير فيشترط ليعد مأذوناً لحوق علمه بالاذن فعليه لو قال أب أذنت ابني فلاناً بالتجارة ولم يعلم الصغير بصدور هذا الاذن من أبيه فلا يكون مأذوناً «رد المحتار، الطحطاوي» وذلك كما هو مذكور في شرح المادة «٩٤٢».

وقال بعض العلماء انه كان الاذن للصغير اذناً ضمناً فلا يشترط لحوق علم الصغير ليعد مأذوناً. مثلاً لو قال ولي الصغير لجماعة خذوا واعطوا مع ابني فقد أعطيته اذناً فتبايعوا معه فيكون ذلك الصغير مأذوناً ولو لم يعلم الصغير مأذوناً ولو لم يعلم الصغير بكلام وليه.
إلا ان بعض العلماء اشترط لحوق علم الصغير الاذن ضمناً أيضاً وهذا هو الظاهر «رد المحتار».

﴿مادة ٩٦٩﴾ العقود المكررة التي تدل على أنه قصد منها الربح هي اذن بالأخذ والإعطاء مثلاً لو قال الولي للصغير بع واشتر أو قال له بع واشتر مالاً من الجنس الفلاني فهو اذن بالبيع والشراء وأما أمر الولي الصبي بإجراء عقد واحد فقط

كقوله له اذهب إلى السوق واشتر الشيء الفلاني أو بعه فليس باذن بالبيع والشراء بل إنما يعد من قبيل استخدام الصغير توكيلاً على ما هو المتعارف والمعتاد.

التصرفات والعقود المكررة التي تدل على أنه قصد منها الربح أو بعبارة أخرى الأمر والاذن بالتصرف النوعي هو اذن بالبيع والشراء وقد جاء في رد المحتار إن إعطاء الاذن بالتصرف المكرر صريحاً أو دلالة هو اذن بالأخذ والعطاء ولم يأت فيه عبارة «التي تدل على أنه قصد منها الربح» لأن الاذن بنفس العقود المكررة يدل على قصد الربح فلذلك ليس لولي الصغير أن يدعى بعد إعطائه الاذن بالقصد المكرر أنه لم يحصل الاذن لأنه كان قصد الربح مفقوداً وعليه فلو لم تذكر المجلة عبارة «التي تدل على أنه قصد منها الربح» لكان أجدر.

مثلاً لو قال الولي للصغير المميز بع واشتر أو قال له بع واشتر مالاً من الجنس الفلاني أو قال له بع ثوبي هذا واشتر بثمنه الشيء الفلاني أو تعاطى الصباغة أو القصارة أو الخياطة فهو أذن بالبيع والشراء أي يكون بالفاظ كهذه قد أذن للصغير صراحة «الهداية في الباب الثاني، رد المحتار».

كذلك لو قال الولي للصغير آجر نفسك من الناس للعمل الفلاني فيكون ذلك اذناً. لأن لما لم يعين الولي الرجل الذي يريد أن يشتغل الصبي عنده فيكون قد أمره بعقود مختلفة.

كذلك لو أعطى الولي الصغير دابة يؤجرها من الناس لركوبها وتحميل أمتعتهم أو قال له اشتغل مع الحمالين فيكون قد أذنه بالتجارة. كذلك لو سلم الولي الصغير مزرعة وقال له آجر بعض أراضيها واشتر حنطة وشعيراً وازرعها وبع محصولاتها واعط ضريبتها فيكون بذلك قد أذن له بالتجارة فلو أعطى ولي الصغير مزرعة وقال له خذ بذاراً واستأجر عمالاً وازرعها وأكر أنهارها واسقها واعط ضريبتها فيكون قد أذنه أيضاً (رد المحتار).

كذلك لو قال الولي الصغير بع هذا الثوب لأجل الربح والمكسب أو بعه على وجه الربح فيكون منه اذناً أما مجرد قوله له بعه فليس باذن أما لو قال ولي الصغير له اذهب إلى السوق واشتر الشيء الفلاني أو بع الشيء الفلاني من فلان[1] أو قال له اذهب إلى فلان وآجر نفسك منه للعمل الفلاني أو حصل بدل إيجار عقاراتي أو استوف ديوني من ذمم الناس أو قد أمرتك بالإدعاء بديوني أو أمره بإجراء عقد يتعلق بإكساء أهل بيته أو بالإنفاق عليهم وبعبارة أخرى أن إعطاء الاذن بالتصرف الشخص ليس باذن بالبيع والشراء بل إنما يعد من قبيل استخدام الصغير توكيلاً على ما هو المعتاد.

وعدم اعتبار الأمر بإجراء عقد واحد اذناً مقيد بقيدين:

١ ـ أن تكون الدراهم قليلة فيمكن إنتهاء الشغل بالشراء دفعة واحدة ليعد ذلك استخداماً. أما إذا كانت الدراهم المعطاة كثيرة الكمية ولا يمكن الفراغ من الشغل دفعة واحدة وكان مجبراً على الشراء بها

(١) وإن يكن أنه لم يعين في المجلة البائع في الأمر بالشراء والمشترى في الأمر بالبيع إلا أنه قد ذكر في الاشباه والخانية أنه إذا لم يعين للبائع في الأمر بالشراء والمشترى في الأمر بالبيع يكون ذلك اذناً بالتجارة.

مراراً لإكمال الأمر فبما ان ذلك يكون اذناً بالعقود المكررة والمتفرقة فيكون ذلك اذناً بالتجارة (الهندية في الباب الثاني من كتاب المأذون).

٢ ـ أن يكون ممكناً عد الأمر بإجراء عقد واحد استخداماً فإذا كان غير ممكن عد الأمر بإجراء عقد واحد استخداماً فهو اذن بالتجارة.

مثلاً لو غصب الصبي متاعاً وأمره الولي ببيعه فيكون ذلك الصبي مأذوناً. لأن جعل هذا الأمر استخداماً ليس ممكناً. وعليه فمن الظاهر أن الأمر لا يكون لخدمة الولي كما لا يمكن أن يكون لخدمة المالك لأنه لا يعمل للمالك وهذا أصل يتفرع منه المسائل المماثلة (مجمع الأنهر).

كذلك الأمر بمناظرة زرع مزرعته أو الاشتغال في أبنيته أو المحاسبة مع غرمائه أو تأدية ديونه لأصحابها ليس باذن. كذلك لو أعطى الولي الصغير حماراً وأمره بنقل المياه لعياله عليه أو لبعض جيرانه بلا أجر لا يعد اذناً أما لو أمره ببيع الماء فيكون ذلك اذناً «الخانية» لأنه لو عد إرسال الصبي للسوق لشراء ليمونة اذناً بالتجارة للزم اعتبار صحة إقراره بأموال عظيمة فبذلك يسد باب الاستخدام وهذا فيه حرج ومشقة على الناس ويصير استخدام الصبي غير ممكن (الهداية).

تقسيم الاذن: يتبين من الإيضاحات السالفة إن الاذن قسمان:

القسم الأول: الاذن العام ويكون بالفاظ كآذنتك بالتجارة في كل نوع أو في النوع الفلاني من التجارة أو بع واشتر وهو القسم المبين في الفقرة الأولى من هذه المادة وهو يسمى بثلاثة أسماء:

١ ـ الاذن بالعقود المكررة.

٢ ـ الاذن بالتصرف النوعي.

٣ ـ الاذن العام.

القسم الثاني: الاذن الخاص كقولك اشتر بدرهم ملحاً أو ليموناً وقد بين هذا في الفقرة الثانية من هذه المادة (الطحطاوي).

ولهذا القسم ثلاثة أسماء:

١ ـ الأمر بإجراء عقد واحد.

٢ ـ الأمر بالتصرف الشخصي.

٣ ـ الاذن الخاص.

وعليه فيجب إيجاد الفرق بين استخدام صبي وبين اعطائه الاذن على الوجه المذكور حتى لا يؤخذ من كل شيء يكلف به الصبي معنى الاذن بالبيع والشراء (رد المحتار، الطوري).

شرط الاذن: قلنا فيما مر إذا أعطي الصغير اذناً فيلزم أن يصله خبر الاذن وإذا باع أو اشترى قبل خبر الاذن له فلا يكون بيعه وشراؤه نافذين لأنه ليس بمأذون (رد المحتار) وذلك كما هو مذكور في شرح المادة الآنفة وشرح المادة (٩٤٢).

وصول خبر الاذن: يحصل بكتابة الولي كتاباً للصغير يخبره فيه بالاذن أو بإرسال رسول كما أنه

يحصل باخبار رجلين عدلين أو غير عدلين أو باخبار رجل عدل واحد فضولاً هذا فيما إذا لم ينكر الولي أخيراً الاذن أما إذا أنكر فتلزم البينة.

كذلك إذا أخبره شخص واحد غير عدل فضولاً وصدق الصبي المميز هذا الخبر تم الاذن (الهندية في الباب الثاني).

وسيأتي في شرح المادة (٩٧٣) أنه يشترط إذا حجر على الصغير وصول خبر الحجر له. ويحصل وصول خبر الحجر بما يحصل به وصول خبر الاذن والقول المفتي به هو هذا (الطوري بتغيير ما).

﴿مادة ٩٧٠﴾ لا يتقيد ولا يتخصص اذن الولي بزمان ومكان ولا بنوع من البيع والشراء مثلاً لو أذن الولي الصغير المميز يوماً وشهراً يكون مأذوناً على الإطلاق ويبقى مستمراً على ذلك الاذن ما لم يحجره الولي كذا لو قال له بع واشتر في السوق الفلاني يكون مأذوناً بالبيع والشراء في كل مكان كذلك لو قال له بع واشتر المال الفلاني فله أن يبيع ويشتري كل جنس المال

ولا يتقيد ولا يتخصص اذن الولي «١» بزمان «٢» بمكان «٣» بنوع من البيع والشراء «٤» بمعاملة شخص معين، حتى لو جرى التخصيص بالتصرفات بسبب اقتدار ووقوف الصبي على التصرف فيها وللعلم بعدم اقتداره على التصرفات الأخرى فلا يتخصص الاذن.

لأنه لما كان الاذن إسقاطاً فلا يقبل التقييد وليس الاذن انابة وتوكيلاً ولو كان انابة وتوكيلاً لتقيد وتخصص كما هو مذكور في المادة (١٤٥٦)(منلا مسكين) وعليه فتجارة الصغير في كل نوع من أنواع التجارة وأخذه وعطاؤه صحيحان كما أن الغبن الفاحش ورهنه مالاً وإعارته ثوباً وحيواناً صحيحة أيضاً ولو كان الولي قد منعه البيع والشراء مع الغبن الفاحش لأن البيع مع الغبن الفاحش من عادات التجار ويقصد به جلب القلوب فيبيعون صفقة واحدة مع الغبن الفاحش ويبيعون صفقة أخرى بالربح وعليه فللصبي المأذون أن يباشر كل نوع من أنواع البيع والشراء.

ويستفاد من قوله لا يتقيد ولا يتخصص على الإطلاق أن الولي سواء نهى عن مخالفة تقييده صراحة أو سكت عن ذلك فلا يتقيد ولا يتخصص يعني مثلاً لو قال الولي صراحة للصغير بع واشتر في المكان الفلاني أو قال له بع واشتر حنطة ولا تبع أو تشتر غيرها ونهى عن خلافها فله أن يبيع ويشتري في غير ذلك المكان أو أن يبيع ويشتري غير ذلك الشيء المعين حتى إنه لو قال أذنتك لشهر وحجرتك لمرور شهر فإذا لم يحجر بعد مرور الشهر محدداً بقي مأذوناً أيضاً (الهندية في الباب الثاني، رد المحتار).

إن جواز البيع والشراء مع الغبن الفاحش المبين آنفاً هو مذهب الإمام الأعظم أما عند الإمامين فإن البيع والشراء بالغبن الفاحش غير جائزين ويجري الاختلاف المذكور في المعتوه المأذون أيضاً (رد المحتار) والحجر كالاذن أيضاً لا يقبل التخصص والتجزء أنظر شرح المادة (٩٧٣) (أما عند الإمام الشافعي والإمام زفر) فإن الاذن يتقيد ويتخصص بها وإليك سبب الاختلاف:

إن الاذن عند الأئمة الحنفية هو إسقاط فلا يتقيد أما عند الشافعية فهو انابة وتوكيل فيتقيد (رد المحتار).

مثلاً لو أذن الولي الصغير المميز بالبيع والشراء يوماً واحداً أو شهراً يكون الصغير المميز مأذوناً على الإطلاق، يعني يكون مأذوناً في ذلك اليوم أو في ذلك الشهر وفي غيره من الأيام والأشهر ويبقى مأذوناً دائماً ما لم يحجره الولي ولا ينحجر بانقضاء ذلك اليوم أو الشهر أما بعد الاذن فللولي كما هو مذكور في المادة (٩٧٣) أن يحجر الصغير مجدداً ويبطل الاذن الذي أعطاه له وهذا مثال لعدم تقيد الاذن وتخصصه بالزمان.

كذا لو قال له بع واشتر في السوق الفلاني يكون الصغير مأذوناً بالبيع والشراء في ذلك السوق وفي غيره وفي كل مكان وهذا مثال لعدم تقيد الاذن بالمكان كذلك لو قال ولي الصغير له بع مالاً من النوع الفلاني كأن يأذن له ببيع الخبز سواء منعه من بيع أموال أخرى وشرائها أم لم يمنعه فله أن يبيع ويشتري ما يشاء من أجناس الأموال (الدر المختار ورد المحتار والهداية).

إلا انه إذا أمر الولي بشراء شيء معين كالطعام والكساء فيكون ذلك من قبيل الاستخدام ولا يعد مأذوناً كما ذكر في المادة (٩٦٩) (رد المحتار) وهذا مثال لعدم تقيد وتخصص الاذن بنوع من الأخذ والعطاء.

كذلك لو قال الولي للصغير بع واشتر مع الرجل الفلاني أي بأن يأمره الولي ويقيده بمعاملة شخص معين فلا يعتبر الأمر والتقييد وللصغير أن يشتري ويبيع من كل أحد (التنوير ورد المحتار).

﴿مادة ٩٧١﴾ كما يكون الاذن صراحة يكون دلالة أيضاً مثلاً لو رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشتري وسكت ولم يمنعه يكون قد أذنه دلالة.

إن الاذن كما هو مذكور في المادة (٩٦٩) يكون دلالة كما يكون صراحة وقوله لا انهاه عن التجارة اذن أيضاً (الهندية في الباب الثاني).

مثلاً لو قال الولي للصغير المميز أذنتك بالتجارة أو أعطيتك اذناً بالتجارة ولم يعين له شراء شيء فهو اذن صراحة وكذلك لو رأى ولي الصغير المميز ما عدا القاضي الصغير يبيع ويشتري أي علم ببيعه وشرائه وسكت ولم يمنعه فيكون قد أذنه دلالة في التجارة أي في غير الذي رآه يبيع ويشتري فيه (الطحطاوي) أنظر المادة (٦٧) لأنه وإن كان السكوت يحتمل الرضا والسخط ويلزم ألا يثبت الاذن بالشك فقد جرت العادة بأنه إذا رأى أحد شخصاً تحت حجره وولايته يبيع فإنه يمنعه إذا لم يكن راضياً بذلك فعليه إذا لم يعد السكوت اذناً كان ذلك مؤدياً إلى الضرر بالناس لأن الناس ينخدعون بسكوته ويتعاملون معه وعليه فقد عد السكوت رضا (مجمع الأنهر).

بما ان البيع والشراء قد ذكروا مطلقين فيشملان البيع الصحيح والفاسد كما يشملان المال المبيع

سواء كان للولي أم لغيره وسواء أكان البيع وقع بأمر الولي أم بدون أمره وسواء أكان المال محرماً كالخمر أم غير محرم (أبو السعود، الطحطاوي، الهندية في الباب الثاني من المأذون، مجمع الأنهر).

لكن يقتضي لصيرورة السكوت اذناً دلالة عدم وجود منع صريح أما إذا وجد منع صريح كما لو أعلن ولي الصغير قائلاً إذا رأيت فلاناً الصغير وهو يبيع ويشتري وسكت فلا يكون ذلك اذناً منه أنظر المادة (١٣) (رد المحتار، الطوري).

والمقصود من الرؤية العلم كما هو مبين في الشرح (ابو السعود).

فعبارة (إذا رأيت) هنا بمعنى (إذا وقفت واطلعت).

أي سواء أرأى بعينه أم علم بطريق الأخبار. كذلك قوله ما «ما عدا القاضي» احتراز عنه لأن القاضي لو رأى الصغير أو المعتوه يبيع ويشتري وسكت فلا يعد سكوته اذناً له بالتجارة لأنه ليس للحاكم من حق في مال الغير حتى يسقطه بالاذن (التنوير، الدر المختار قبيل كتاب الغصب).

كذلك قد جاء شرحاً (فيما عدا البيع والشراء من الأمور). لأنه لا يعد بالسكوت المذكور مأذوناً بهذا الأخذ والعطاء وعليه فلوليه أن يجيز البيع والشراء المذكورين وإذا شاء يفسخهما وإلا فيلزم أن يكون الصبي مأذوناً قبل أن يؤذن وهذا ظاهر البطلان.

مثلاً لو رأى الولي الصبي المحجور قد أخذ عدلاً من السكر من مكان وأخذ يبيعه في مكان آخر ولم يمنعه فيكون هذا الصبي مأذوناً ويكون أخذه وإعطاؤه نافذاً بعد ذلك إلا أنه لا يكون بيع وشراء ذلك السكر نافذاً لأن بيع وشراء السكر المذكور وسيلة للاذن فوسيلة الشيء خارجة عنه لأنه يلزم تقدم الشيء على نفسه (مجمع الأنهر، الدر المختار، الطحطاوي، أبو السعود الهندية في الباب الثاني، رد المحتار).

﴿مادة ٩٧٢﴾ لو أذن للصغير من قبل وليه يكون في الخصوصات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ وتكون عقوده التي هي كالبيع والإجارة معتبرة.

وكذلك المعتوه ويستفاد من هذه المادة تصرفات العاقل البالغ غير المحجور كما أنها نافذة ومعتبرة فتصرفات الصغير المأذون الداخلة تحت الاذن صحيحة ونافذة ومعتبرة أيضاً وإذا لحقته أي الصغير ديون بسبب معاملات تجارية كهذه تؤدى من أموال الصغير سواء اكتسب هذه الأموال قبل الدين أو بعد الدين وسواء أملكها بالإتهاب أم عن طريق الإرث. وإذا لم تف هذه الأموال بالدين لزم انتظار حال يسره ولا يضمن بها وليه (مجمع الأنهر استنباطاً).

وعليه فتكون عقوده «١» كالبيع «٢» والشراء «٣» والسلم «٤» والإجارة «٥» والتوكيل للعقود الماضية والتصرفات الآتية «٦» والرهن «٧» والارتهان «٨» وتأجيل الدين «٩» والإعارة «١٠» والمساقاة «١١» والمزارعة «١٢» والمضاربة «١٣» والأبضاع «١٤» وعقد شركة العنان «١٥» والاستقراض «١٦» وأخذ بذور وزرع مزرعته «١٧» والإقرار «١٨» والصيرورة مدعياً ومدعى عليه «١٩» والنكول عن اليمين لدى توجهها عليه في الدعوى عليه «٢٠» وهبة الطعام اليسير وإهدائه

«٢١» وتنزيل ثمن المبيع، المقدار الذي يجوز تنزيله وحطه عادة عند التجار بسبب العيب، وما اشبه ذلك من الخصوصات، تكون معتبرة، ولنبادر فيما يلي إلى إيضاح ما ذكر:

١ ـ البيع: إذا باع الصغير المأذون ماله من آخر سواء أكان عقاراً أم منقولاً أم موروثاً بثمن المثل أو مع الغبن اليسير حالاً أو مؤجلاً كان البيع صحيحاً بالإتفاق (الطحطاوي، مجمع الأنهر). كذلك لو أذن الولي ولديه المميزين وباع أحدهما من الثاني مالاً كان جائزاً (الهندية في الباب الثاني عشر) وإذا باعه بمحاباة وبغبن فاحش يكون جائزاً أيضاً عند الإمام الأعظم. ولو نهى الولي الصغير عن البيع مع الغبن الفاحش يكون البيع مع ذلك صحيحاً (رد المحتار، الصحطاوي). ودليل الإمام الأعظم هو ان رأي الصبي المميز يكمل بانضمام رأي الولي إليه ويلحق بالبالغ ولما كان بيع البالغ بالغبن الفاحش صحيحاً فلذلك كان بيع الصبي المميز المأذون بالغبن الفاحش صحيحاً أيضاً. أما بيع الولي مع الغبن الفاحش فليس بصحيح (كشف الأسرار، شرح النار).

كذلك يقع الغبن الفاحش في ضمن عقد التجارة وما يقع ضمن شيء يأخذ حكم ذلك الشيء. أما الهبة فليست تجارة (أبو السعود). إلا أن بيع الصغير مع الغبن الفاحش عند الامامين ليس صحيحاً لأنه لما كان المقصود من التجارة هو الإسترباح والبيع مع الغبن الفاحش إتلاف فيجري مجري التبرع حتى إنه صدر من مريض يعتبر من ثلث ماله وبيع الأب والوصي والقاضي مالاً للصغير على هذا الوجه غير جائز (أبو السعود االمصري).

ويجري في المعتوه المأذون أيضاً الإختلاف المذكور «رد المحتار».

وبما أن هذه المادة قد ذكرت البيع مطلقاً فيستدل بناء على المادة (٦٤) أنها اختارت مذهب الإمام الأعظم وإذا وقعت محاباة الصغير المأذون في مرض موته فتجرى وفقاً للمسائل الواردة في مرض الموت في كتاب البيوع «مجمع الأنهر استخراجاً».

استثناء: تستثنى المسألة الآتية من صحة البيع مع الغبن الفاحش (أي المحاباة) لو باع المأذون الصبي ماله مع الغبن الفاحش من أبيه فليس بجائز عند الشيخين أما إذا باعه بقيمة المثل أو أكثر أو بغبن يسير كان صحيحاً «الهندية في الباب الثاني عشر، الطحطاوي».

٢ ـ الشراء: للصبي المأذون أن يشتري لنفسه مالاً بثمن المثل أو بغبن يسير، أما الشراء مع الغبن الفاحش فقد اختلف فيه كالبيع، فقال الإمام الأعظم بصحته وقال الإمامان بعدم صحته (رد المحتار).

وقد ساوى الإمام الأعظم في بيع الصبي وشرائه فقال بجوازهما مع الغبن الفاحش إلا أنه فرق بينهما في تصرف الوكيل فجوز بيع وكيل البيع بالغبن الفاحش ولم يجوز شراء وكيل الشراء بالغبن الفاحش أي ذهب إلى عدم نفاذ عقد الشراء بحق الموكل وسيوضح ذلك في مادتي (١٤٨٢) و (١٤٩٤) لأن للوكيل الرجوع على موكله بالشيء الذي يلحقه من العقد الذي باشره وكالة، فهو متهم بالحيلة، أي بأنه اشترى ذلك المال لنفسه وأراد الزام موكله به عندما أطلع على غبنه الفاحش، أما المأذون فليس له أن يرجع على أحد، ولذا فليس في تصرفه تهمة الحيلة، فكان حكم البيع والشراء في حقه سيبين .

٣ ـ السلم: يصير الصغير المأذون مسلماً إليه وبعبارة أخرى يصير بائعاً كما يصير رب سلم،

أي مشترياً لأن السلم نوع من التجارة والحكم في الإستصناع على هذا المنوال أيضاً لأنه بيع.

٤ ـ الإجارة: للصغير المأذون أن يؤجر نفسه أو ماله كحوانيته وبيوته وما اشبه ذلك، كما أنه له أن يستأجر العقارات والإجراء سواء كان الاستئجار مسانهة أم مشاهرة، فلذا للصغير المأذون أن يستأجر ما يحتاج إليه من دار أو حانوت أو دابة. لأنه يحتاج إلى ذلك في التجارة (ابو السعود، الطحطاوي) وذلك كما قد بين في المادة (٤٤٤) إلا أنه إذا آجر الصغير المأذون نفسه لآخر للخدمة فللولي أن يفسخ الإجارة لدفع العار عنه (البزازية في الإجارة في مسائل العذر).

٥ ـ التوكيل: للصغير المأذون أن يوكل غيره في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء كما هو مذكور في المادة (١٤٥٧) يعني أنه للصغير أن يوكل آخر في الخصوصات التي له عملها بالذات «وسيذكر بعضها هنا» لأنه لما كان الصغير غير قادر على مباشرة الأمور التجارية جميعها فهو محتاج إلى معين والتوكيل أيضاً من أنواع التجارة (الطحطاوي) أما في الخصوصات التي ليس له أن يعملها فليس له توكيل أحد فيها أنظر المادة (٨٥٩) كأن يوكل آخر بهبة ماله من آخر أو بإبراء مدينه من دينه لأنه يلزم أنه يستمد الوكيل حق التصرف من موكله ومتى كان حق التصرف للموكل مفقوداً على هذا الوجه فمن البديهي أنه ليس للموكل منح ذلك الحق لغيره.

٦و٧ ـ الرهن والارتهان: إن رهن الصغير المميز وارتهانه جائزان على ما ذكر في المادة (٧٠٨) لأنهما من أنواع التجارة إذ هما إيفاء الدين واستيفاؤه ويتقرر ذلك بالهلاك.

٨ ـ تأجيل الدين: للصغير المأذون أن يؤجل ماله من الدين سنة أو أقل أو أكثر ويمهل مدينه لأن التأجيل من عادة التجار (الطحطاوي، والخانية).

٩ ـ الإعارة: تجوز إعارة المأذون واستعارته كما هو مذكور في المادة (٨٠٩) لأن إعارة الصبي من توابع التجارة.

١٠ ـ المساقاة: يستفاد من المادة (١٤٤٣) ان للصبي المأذون أن يساقي.

١١ ـ المزارعة: للصبي المأذون كما يفهم من المادة (١٤٣٣) أن يعقد عقد مزارعة إن كان البذر من المزارع فهو استئجار الأرض وإن كان من قبل رب الأرض فهو إجارة نفسه وهو يملك الوجهين قال عليه الصلاة والسلام «الزارع تاجر ربه» (الطحطاوي).

١٣ ـ المضاربة: للصغير المأذون أن يضارب أي يأخذ المال مضاربة ويدفع المال مضاربة لأنه إن دفع يكون مستأجراً وإن أخذ يكون مؤجراً نفسه وهما من التجارة (مجمع الأنهر) ولأن المضاربة أيضاً وكالة وليس فيها كفالة.

١٣ ـ الابضاع: للصغير المأذون أن يعطي ماله بطريق الابضاع أي يدفع المال بضاعة يعني بقدر رأس المال ليتجر به ويكون الربح له (مجمع الأنهر) أنظر المادة (١٤٠٨).

١٤ ـ الشركة: للصغير المأذون أن يعقد الشركة العنان لأنها وكالة. أما شركة المفاوضة فليس له عقدها لأنها تتضمن الكفالة كما هو مبين في المادة (١٣٣٤) وبما أن الصغير بمقتضى المادة (٦٢٨) ليس بأهل للكفالة فتنقلب الشركة المذكورة إلى شركة العنان (الهداية، مجمع الأنهر) وتخرج عن كونها شركة مفاوضة.

١٥ ـ الاستقراض: للصبي المأذون أن يستقرض حتى أنه ليس له أن يمتنع عن تأدية ما اقترضه بقوله إنني استقرضته حال صغري فلا يلزمني اداؤه.

١٦ ـ الإقراض: ليس للصبي المأذون عند بعض الفقهاء أن يقرض لأن الإقراض تبرع والصبي ليس بأهل للتبرع. غير أنه إذا كان ما أقرضه الصبي المأذون دون الدرهم فيكون إقراضه جائزاً كما لو وهبه. ويرى البعض الآخر من الفقهاء جواز إقراض الصبي المأذون (الكفوي في كتاب الحجر، والهندية في الباب التاسع عشر من الينبوع، وملتقى الأبهر).

١٧ ـ اشتراء البذر الخ: لو اشترى الصبي المأذون البذر وزرعه في مزرعته كان جائزاً.

١٨ ـ الإقرار: إن اقرار الصبي المميز المأذون في المواضع التي تصح فيها مأذونيته صحيح كما هو مذكور في المادة (١٥٧٣). سواء أصدق الولي هذا الإقرار أم كذبه وسواء أكان الصغير حين اقراره مديناً أم غير مدين، إذ لو لم يجز الإقرار لم يعامله أحد فيكون من لوازم المعاملة (مجمع الأنهر).

أما لو أقر الأب أو الوصي الذي يعطي الاذن للصبي عليه بدين، أو بيع، أو شراء، أو إجازة، أو وديعة في يده، أو مضاربة، أو رهن أو يماثل هذه الأشياء فإقراره باطل لأن إقرار الولي على الصبي والمعتوه شهادة، لأنه إقرار على غيره فلا يقبل ما لم يصدقه الصبي المأذون أنظر المادة (١٥٧٣) (الهندية في الباب الثاني عشر، رد المحتار، الهندية في الباب الرابع من كتاب الإقرار).

وعليه فإقرار الصغير على وجهين: الوجه الأول، الإقرار الذي يقع بدون إضافة إلى حال الحجر وهذا الإقرار صحيح فلذا لو أقر المأذون بغصب أو وديعة جحدها أو مضاربة أو بضاعة أو عارية جحدها أو دابة عقرها أو ثوب أحرقه أو اجر أجير فذلك كله دين يؤاخذ به للحال (الطحطاوي بتغيير).

لأن هذا الإقرار من توابع التجارة. لأنه لما كان إشهاد الشهود على كل معاملة متعذراً فإذا لم يعتبر اقراره يمتنع الناس بذلك عن معاملة هؤلاء فلا يلتئم أمر التجارة ولا ينتظم (أبو السعود المصري الهندية في الباب الرابع من كتاب الإقرار، الأنقروي، والطحطاوي).

سؤال ـ بما أن الولاية المتعدية أي ولاية الصبي هي فرع عن الولاية القائمة أي ولاية الولي ولما كان الولي غير مقتدر على الإقرار بمال الصبي فكيف يصح أن يمنح الصبي هذا الحق ويأذنه به أي أن الصبي في تلك الحال يكون قد استمد حق التصرف من الولي الذي ليس له حق التصرف في الإقرار وبما أنه من المستحيل أن يستطيع شخص تمليك آخر ما لا يملكه فيجب أن لا يكون الصبي قد ملك حق الإقرار؟

الجواب ـ إن إفادة اذن الولي بالإقرار مبنية على كون الإقرار من توابع التجارة وللولي حق بإعطاء الاذن في التجارة وتوابعها «أبو السعود» وليس بتمكين الولي من الإقرار على الصبي.

أما إقرار الصبي المأذون في الخصوصات التي ليس بمأذون فيها يعني الأحوال التي ليست بداخلة في الاذن فليس صحيحاً أنظر المادة «١٥٧٣» وعليه فلو أقر الصغير المأذون بالمال وبالمهر فلا يكون اقراره صحيحاً «الهندية في الباب السادس من كتاب الحجر وفي الباب الرابع عشر من كتاب الإقرار» كذلك إقراره بشركة المفاوضة وبقتله شخصاً وبالهبة والصدقة مع التسليم والإبراء والسرقة باطل «رد المحتار»

الخانية» وإقرار الصغير بالغصب جائز أيضاً لأن ضمان الغصب ضمان تجارة ومعاوضة ولأن الغاصب يملك المغصوب بالضمان «أبو السعود، الطورى» وقد بين ذلك في كتاب الغصب وعليه فلو توفى الصغير بعد أن أقر في مرض موته بدين أو وديعة معينة أو إعارة أو إجارة بعينها أو غصب بعينه أو بغير ذلك من الأمور التي توجد في التجارة كان اقراره جائزاً في جميعها إذا لم يكن عليه دين صحة أما إذا كان عليه دين صحة فيقدم، وما زاد عنه يعطى لأصحاب تلك الديون أنظر المادة «١٦٠٢» وكل دين لزمه في حال المرض بمعاينة الشهود كان دين المرض أسوة بغرماء الصحة «الهندية في الباب السادس وأبو السعود».

وكذلك ينفذ إقرار الصغير المأذون تشخيص بأمواله التي ورثها عن مورثه ولا يمنع من صحة الإقرار كون المقر به موروثاً له وعدم وجود مال مكتسب له، لأنه بالضمام رأي الولي قد ألحق الصغير بالبالغ وبما أن المال المكتسب والموروث هو ماله فينفذ اقراره في جميعه «رد المحتار» ويروى عن الإمام الأعظم أنه لا يصح إقراره في المال الذي ورثه لأنه في حاجة إلى اعتبار صحة اقراره في ماله الذي اكتسبه بخلاف ماله الموروث إذ لا حاجة لاعتباره (الطحطاوي).

الوجه الثاني: اقراره الواقع مضافاً إلى حال حجره، مثلاً لو أقر الصغير المأذون بأنه غصب مال فلان حال حجره واستهلكه أو استهلك القرض الذي أعطاه اياه أو الوديعة أو الإعارة أو المضاربة أو البضاعة فهل يؤاخذ على ذلك؟ يحتاج هذا إلى تفصيل، يؤاخذ بالإقرار بالغصب في الحال سواء أصدق المقر له على اضافته إلى حال الحجر أم لم يصدق أم قال بأنه غصبه في حال المأذونية أنظر المادة (٩٦٠) أما إذا صدق المقر له الإضافة أي صدق وقوع الإستهلاك في حال الحجر فلا يؤاخذ، أما فيما عدا ذلك مما ذكر فلا يؤاخذ المقر إذا صدق المقر له الإضافة أي حصول الإستهلاك في حال الحجر فإذا لم يصدق وادعى أن وقوع الإستهلاك كان في حال الاذن فيؤاخذ الصبي المقر. أنظر المادة (١١) (الهندية في الباب السادس، وفي الباب الثاني عشر، الخانية) كذلك لو قال الصبي المأذون كنت أقررت في حال حجري لفلان بكذا ديناراً ديناً فلا يؤاخذ بإقراره ويقبل اسناده الإقرار إلى حال الحجر سواء أصدقه المقر له في إسناده أم كذبه، كذلك إذا أصبح المعتوه مأذوناً فإقراره معتبر أيضاً فلو ادعى شخص على المعتوه المأذون بغصب مال أو استهلاك وديعة أو بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار وأقام البينة على ذلك معتبراً كما أنه تعتبر إقامة البينة على اقرار المعتوه بوقوع ذلك ولو لم يحضر ولي المعتوه مجلس الدعوى (علي أفندي) ويصح اقرار المعتوه بغير ما ورث عن أبيه من المال كما هو الحال في الصبي المأذون (رد المحتار).

استثناء: إن اقرار الصغير المأذون الاتي لا يصح على قول، وهو أنه إذا كان المقر له أبا الصغير الذي أعطى الاذن للصغير كان الإقرار غير صحيح: يعني إذا أقر الصبي المأذون من جهة الأب بأن المال الذي في يده هو مال أبيه أو أقر بأنه مدين لأبيه بكذا درهماً فإقراره بذلك غير صحيح على قول (رد المحتار) ويكون إقراره لوليه أو لغيره صحيحاً على قول آخر سواء أكان المقر به عيناً أم ديناً «القهستاني، أبو السعود، العيني قبيل الغصب» كذلك لو باع الصغير المأذون من جهة الأب مالاً مع الغبن الفاحش من أبيه وهو مدين فهو جائز إلا أنه إذا أقر بقبضه ثمن المبيع فلا يجوز إقراره على القول الأول وعلى الأب أن

يثبت بالبينة اداءه الثمن (رد المحتار).

١٩ ـ صيرورته مدعياً ومدعي عليه: يصح أن يحضر الصغير المأذون أمام المحكمة بصفة مدع على أحد بحق كما يصح أن يكون بصفة مدعى عليه كأن يدعي عليه شخص بحق من ضمان التجارة وأن يقيم عليه البينة ولا يشترط في هذه الدعوى حضور الولي الآذن وتقبل الشهادة على الصبي المأذون والمعتوه المأذون بسرقة عشرة دراهم وإن كان الآذن غائباً ولا تقبل على اقرارهما بالسرقة أصلاً (الخانية) إذا ادعى أحد على صبي محجور مالاً بالإهلاك أو الغصب وقال المدعي لي بينة حاضرة يشترط حضور الصغير لأنه مؤاخذ بأفعاله ويحتاج الشهود إلى الإشارة ولكن يحضر معه أبوه أو وصيه ليؤدي عنه ما ثبت وإن لم يكن له أب أو وصي وطلب المدعي أن ينصب له وصياً، ينصب القاضي له وصياً (الأنقروي) أما في الخصوصات التي ليست من ضمان التجارة إذا أقيمت الدعوى على الصبي المأذون فيشترط حضور الولي أثناء الدعوى فلو أقام أحد دعوى قتل على الصغير المأذون فلا بد من حضور وليه الآذن أثناء الدعوى وإذا أثبت القتل في حضور الولي فيلزم الحكم بالدية وإذا أشهد الشهود على أنهم لم يشاهدوا القتل وإنما شهدوا على أن الصبي المأذون قد أقر بالقتل فلا تقبل شهادتهم «الهندية في الباب التاسع من كتاب المأذون» وعليه يمكن الإدعاء على الصغير المأذون بشيء كالبيع والشراء والإجارة وتقبل الشهادة على كونه غصب المبيع واستهلكه أو الشهادة على الصغير بكونه أقر بذلك «رد المحتار».

٢٠ ـ النكول عن اليمين: لو ادعى أحد على الصبي المأذون بشيء من التجارة أو من توابعها أو أنكر الصبي ولم توجد بينة، يحلف الصبي المذكور على القول المفتى به ويعتبر نكوله (الهندية في الباب الثاني والثالث عشر» لأنه وإن قال بعض الفقهاء لا يحلف الصبي لأنه لا يحنث ويحكم عليه إما بالبينة أو بالإقرار فقد قال فريق آخر منهم بتحليف الصبي لمأذون اليمين لأنه يمتنع عن اليمين الكاذبة لئلا تنزع ثقة الناس منه في الأمور التجارية وقد رجح هذا القول، والصبي المأذون يحلف كالبالغ، قال نصير: لا يحلف الصبي المأذون لأنه لا يحنث ولا يلزمه الدين إلا بإقرار وبينة، وعلماؤنا على أنه يحلف وبه نأخذ ويجوز أن يكون على الاختلاف الذي مر أن النكول بذل أو اقرار «البحر في الدعوى والبزازية في كتاب أدب القاضي في الباب الثالث».

٢١ ـ إهداء الطعام اليسير: للصغير المميز المأذون أن يهدي غيره شيئاً قليلاً من المأكولات كالرغيف والكعك أو أن يضيف آخر على قدر يسير من ذلك بنسبة ماله. والفلس كالرغيف، ومن الفضة مادون الدرهم، كما يستفاد من الشرنبلالية «أبو السعود المصري» وهؤلاء المهدي اليهم سواء أكانوا ممن يعاملهم الصبي من التجار أم من غيرهم لجريان العادة بذلك بين التجار لاستجلاب القلوب «مجمع الأنهر» وتعين الكثرة والقلة بنسبة ما في يده من المال ويحدد بالمرتبة التي لا تعد إسرافاً، وعليه فالصغير المأذون الذي في يده عشرة آلاف دينار لو أهدى عشرة دنانير يعد ذلك قليلاً بخلاف ما لو كان في يده عشرة دنانير فأهدي منها نصف دينار فيعد ذلك كثيراً «أبو السعود والطحطاوي» كذلك تصح ضيافة الصبي المأذون بصرف عشرة دراهم إذا كان عنده عشرة آلاف درهم أما غير المأكولات كالدراهم والدنانير والثياب فليس للصغير أن يهبها أو يهديها ولو كانت الهبة بعوض لأن الهبة من التبرعات «مجمع الأنهر» أنظر المادة «٨٥٩» ما لم يكن الشيء الذي وهبه أو أهداه قليلاً «أبو السعود» فتكون الهبة

صحيحة عند بعض الفقهاء «الطحطاوي، الخانية، مجمع الأنهر» وذلك كما هو مذكور في المادة الآنفة، ولكن ليس للأب أو الوصي أن يهب شيئاً يسير من مال الصبي أو أن يضيف ضيافة يسيرة من ماله «عبد الحليم».

٢٢ ـ حط الثمن من أجل العيب. إذا ظهر في المال الذي باعه الصغير عيب قديم فللصغير تنزيل المقدار الذي اعتاد التجار تنزيله من ثمن المبيع في مقابل العيب أما التنزيل بلا عيب فبما أنه تبرع محض فليس بجائز على قول عند الإمامين وعلى قول آخر غير جائز بالإجماع كما أن التنزيل زيادة عن المعتاد غير جائز لأنه لما وقع هذا التنزيل بعد تمام العقد كان تبرعاً محضاً فلا يعد من صنع التجار فلا ضرورة له، وإن كان الحط من عيب ينظر، فإن كان معروفاً جاء لأنه من توابع التجارة وإن لم يكن معروفاً وكان فاحشاً عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز وقيل لا يجوز بالإجماع لأن الحط ليس بتجارة سواء أقر الصبي أو ثبت بالبينة ولم يقل أحد سوى صاحب البدائع إن ما كان كثيراً جاز عند أبي حنيفة ولم يجز عندهما فإنه قال به تفقهاً واعتباراً على بيعه وشرائه ولو بغبن فاحش عنده لا عندهما لكن لم يصب صاحب البدائع في هذا التفقه «التنوير والطحطاوي والعيني وعبد الحليم» سواء أقر الصبي بالعيب أم ثبت بالبينة (الطورى).

﴿مادة ٩٧٣﴾ للولي أن يحجر الصغير بعد اذنه ويبطل ذلك الاذن ولكن يشترط أن يحجره على الوجه الذي أذنه به مثلاً لو أذن الصغير وليه اذناً عاماً فصار ذلك معلوماً لأهل سوقه ثم أراد أن يحجر عليه فيشترط أن يكون الحجر عاماً ليصير معلوماً لأكثر أهل ذلك السوق ولا يصح حجره عليه بمحضر رجلين أو ثلاثة في داره.

يبطل الاذن المعطى للصغير في أربع صور، أنظر المادة «٩٧٧».

(١) للولي أن يحجر الصغير منجزاً بعد اذنه ويبطل ذلك الاذن، يعني يجب أن يكون الولي الذي يحجر عليه هو نفس الولي الذي أعطاه الاذن، وعليه فلو أعطى الحاكم اذناً لصغير فليس لوليه حجره كما هو مذكور في المادة (٩٧٥) لأن معطي الاذن لم يكن ذلك الولي لكن لذلك الحاكم حجره أيضاً وعليه فتصرفات الصغير بعد بطلان الاذن المعطى إليه على هذا الوجه لا تكون نافذة وإذا باع الصغير المأذون مالاً له بعد أن حجره الولي قبل اداء الثمن لو اعطى المشتري الثمن للمحجور المرقوم فلا يبرأ «الهندية في الباب الثاني» والواقع أن الاذن هو اسقاط لحق المنع كما هو مبين في شرح المادة «٩٧» والساقط بما أنه بمقتضى المادة «٥١» لا يعود كان من اللازم عدم جواز الحجر بعد الاذن نظراً لذلك إلا أن الاذن ليس اسقاطاً في حق العقود التي لم تقع وعليه فيكون قد امتنع بهذا الحجر بعد الاذن في العقود المذكورة «رد المحتار» وقد اشترط أن يكون الحجر منجزاً فلو حجر معلقاً كما لو قال الولي للصغير، إذا كنت سفيهاً فقد حجرت عليك ثم صار سفيهاً فليس هذا حجراً لأن الحجر عزل وتعليق العزل بشرط لا يصح وقيل يصح لأن الحجر منع وتعليق المنع بالحظر جائز «الطوري بتغيير ما» لكن يشترط أن يحجر الولي على الوجه الذي أذنه به يعني أنه يلزم

أن يكون الحجر شائعاً إذا كان الاذن شائعاً لأن الحجر الخاص لا يرد على الاذن العام لكن الحجر العام قد يرد على الاذن الخاص إنما لم يكن الاذن شائعاً أي إذا لم يقف عليه غير الصغير فيكفي في الحجر وقوف الصغير فقط ولا يشترط علم أهل السوق به وفي المحيط أصله أن الحجر الخاص لا يرد على الاذن العام ويرد على الاذن الخاص بأن أذن له بمحضر رجل أو رجلين أو ثلاثة فحجر بمحضر هؤلاء يصح «الطوري».

الخلاصة، يشترط لتمام الحجر شرطان: أولهما وجوب اعلام الصغير وإخباره بحجره، حتى ان الصغير إذا لم يخبر بحجره لا يصح الحجر ولو أخبر أكثر أهل السوق بذلك لأن الأصل في الاذن والحجر هو الصبي وإنما يثبت في حق غيره تبعاً ولم يثبت حكمه في حقه لعدم العلم فكذا في حق غيره فإذا باع بعد ذلك أهل سوقه أو غيرهم فهو جائز لأن حكم الاذن قائم، ولو رآه الولي يبيع ويشتري بعد ما حجر عليه قبل أن يعلم الصبي فلم ينهه ثم علم الصبي بالحجر يبقي مأذوناً استحساناً، ووجهه أن سكوت الولي حال رؤية عبده يبيع ويشتري أجازه برفع الحجر الثابت فلان يرفع الموقوف أولى «الطحطاوي بتغيير ما، الطوري». الثاني كونه معلوماً عند اكثر أهل السوق، مثلاً لو أذن الصغير وليه اذناً عاماً فصار معلوماً لأهل سوقه ثم أراد أن يحجر عليه فيشترط أن يكون الحجر أيضاً عاماً ليصير معلوماً لأكثر أهل ذلك السوق. وقد جعل علم الأكثرية من أهل السوق كافياً استحساناً لأن اعلام كل أهل السوق متعذر أو متعسراً وفي هذا حرج ومشقة، ولا يصح حجره عليه بمحضر رجلين أو ثلاثة في داره أو في السوق (الزيلعي) لأنه لو صح الحجر على هذا الوجه لتعامل من ليس له علم بالحجر مع الصبي فيتضرر، وعليه لو حجر على الصبي على هذا الوجه بمحضر شخصين أو ثلاثة فكما أن بيعه وشراؤه مع من ليس له علم بالحجر صحيحان فأخذه وعطاؤه مع من يعلمون بالحجر عليه صحيحان أيضاً لأن الحجر كالاذن فلا يقبل التخصيص والتجزئة وكما يصح أخذ من لا علم له بالحجر وعطاؤه مع الصغير المأذون يصح أخذ من يعلم به وعطاؤه معه أيضاً. ومن هذا يثبت أن التعميم شرط في صحة الحجر وأن الحجر الخاص غير صحيح (رد المحتار) ويستفاد من هذه الإيضاحات أن المطلوب لتمام الحجر ليس السوق أو الدار وإنما هو علم أكثر الناس به أي شيوع الحجر واشتهاره، فلذلك إذا وقع الحجر في السوق بحضور شخصين أو ثلاثة أشخاص كان الحجر غير معتبر كما أنه لو وقع الحجر في الدار بحضور أكثر أهل السوق كان الحجر معتبراً (الهداية) والسبب في قولنا «الاذن العام في المال» هو أنه يصح الحجر في حضور شخصين أو ثلاثة اشخاص إذا لم يكن غير هؤلاء عالماً بالاذن وأعلم الصبي كما أن تمام الحجر إذا لم يكن غير الصبي عالماً بالاذن يكون بإعلام الصبي به ولا حاجة إلى اعلان أهل السوق بذلك لأن الضرر في هذا منتف (الطحطاوي).

وصول خبر الحجر: يلزم في كل حال اعلام الصبي بالحجر عليه. وعليه لو باع الصبي أو اشترى بدون أن يعلم به كان بيعه وشراؤه نافذين، ولا حكم للحجر (رد المحتار الهندية في الباب الخامس) وذلك كما هو موضح آنفاً وفي الطحطاوي لو حجر على الصبي وهو لا يعلم فاشترى وباع كانت تصرفاته نافذة والحجر باطلاً. أما عند الإمام الأعظم فيشترط في المخبر بالحجر أحد وصفي الشهادة أي العدالة والعدد، يعني إذا كان المخبر واحداً فيلزم أن يكون عدلاً (القهستاني) ولذلك

فخبر غير العادل ليس بكاف ما لم يصدق المحجور هذا الخبر ويكون الحجر حينئذ تاماً بالإتفاق، أما إذا كان المخبر رجلين أو رجلاً وامرأتين سواء أكان هؤلاء عادلين أم غير عادلين وسواء اصدق الصبي خبرهم أم كذبه فيكون حجر المحجور صحيحاً وأما عند الإمامين فيكفي خبر الواحد مطلقاً، أي هما قالا بتمام الحجر وإن كان المخبر غير عادل بعد ان يكون الخبر حقاً بأن يقر الولي بالحجر أما لو أنكر الحجر فلا يصير محجوراً وكذلك إذا كان المخبر رسولاً يكون خبره صحيحاً. بالإتفاق ولو كان صبياً وينحجر الصبي المأذون به لان كلام الرسول ككلام المرسل ولو أرسل إليه صبياً يخبره بحجره أو كتب إليه صار محجوراً لأن الرسالة والكتابة من الغائب بمنزلة المشافهة من الحاضر سواء أكان الرسول عدلاً أم فاسقاً حراً أم عبداً (الطوري وأبو السعود والهندية في الباب الخامس بتغيير ما) هذا في الاخبار بحجره وأما في الاخبار باذنه فيكفي الواحد اتفاقاً (أبو السعود المصري) ويثبت الاذن بقول الفضولي الواحد على كل حال وقيل أنه لا فرق بينهما وإنما يصير مأذوناً إذا كان الخبر صادقاً عند الصبي وكذا الحجر والفتوى على هذا القول «الطوري بتغيير» وقد مر بيان ذلك في شرح المادة (٩٦٩) والخلاصة أن يكون وصول الحجر للصبي على سبع صور:

١ ـ بقول الولي بالذات

٢ ـ باخبار رجلين

٣ ـ باخبار رجل وامرأتين

٤ ـ باخبار عدل واحد

٥ ـ باخبار رسول

٦ ـ بكتابة الولي للصغير كتاباً بشأن الحجر عليه ووصول الكتاب إليه

٧ ـ باخبار واحد غير عادل عند الإمامين

وستأتي التفصيلات في حق الإخبار في شرح المادة (١٠٢٩) إلا أنه إذا أعطي الولي الصغير اذناً وحجره قبل أن يصير واقفاً على ذلك الاذن فلا يلزم إعلام الصبي بالحجر أيضاً (الهندية في الباب الخامس).

٢ ـ يبطل الاذن بوفاة الولي الآذن ولو لم يعلم بوفاته أحد أنظر المادة (٩٧٦).

٣ ـ يبطل الاذن بجنون الولي الآذن جنوناً مطبقاً. وإفادة مفهومه أنه لا يحجر إذا كان جنونه متقطعاً وان لم يعلم بالجنون والموت أحد لأن الاذن غير لازم وما لا يكون لازماً من التصرف يعطي لدوامه حكم الابتداء كأنه يأذن له ابتداء كل ساعة لتمكنه من الحجر كل ساعة، فتركه على ما كان عليه كإنشاء الاذن فيه، فيشترط قيام الأهلية في تلك الحالة كما يشترط في الابتداء وقد زالت الأهلية بالموت والجنون (الطحطاوي).

٤ ـ يبطل الاذن بجنون الصغير المعطي الاذن جنوناً مطبقاً وإن كان يجن ويفيق لم يحجر (الطحطاوي).

﴿مادة ٩٧٤﴾ «ولي الصغير في هذا الباب أولاً أبوه ثانياً الوصي الذي اختاره

أبوه ونصبه في حال حياته إذا مات أبوه ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات رابعاً جده الصحيح أي أبو أبي الصغير أو أبو أبي الأب خامساً الوصي الذي اختاره هذا الجد ونصبه في حال حياته سادساً الوصي الذي نصبه هذا الوصي سابعاً القاضي أو الوصي الذي نصبه القاضي وأما الأقارب كالاخوان والأعمام وغيرهم فاذنهم غير جائز إذا لم يكونوا أوصياء»

من يكون له ولاية التصرف في مال الصغير تثبت له الولاية أيضاً على اعطاء الصغير الاذن بالتجارة (الهندية في الباب الثاني عشر) .

وعليه فولي الصغير والمعتوه في هذا الباب، يعني في مسائل الاذن والحجر، أولاً أبوه يعني أن أبا الصغير والمعتوه هو الذي يعطيهما الاذن وهو الذي له أن يحجر عليهما سواء أكان المعتوه قد بلغ معتوهاً أم بلغ عاقلاً ثم صار معتوهاً، ثانياً، الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه في حال حياته إذا مات أبوه، يعني إذا قال الأب وهو حي ان فلاناً وصي بعد وفاتي فلينظر في أمور أولادي وتركتي فيصير ذلك الشخص وصياً مختاراً لذلك المتوفي ويكون هذا الوصي ولياً في الدرجة الثانية للصغير، وعليه فلهذا الوصي أن يعطي الاذن للصغير، ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات فإذا توفي هذا الوصي ونصب وصياً وإن بعد يكون ولياً، فله أن يأذنه وله أن يحجره بعد الاذن رابعاً الجد الصحيح أي أبو ابي الصغير أو أبو أبي الأب أو أبو هذا وإن علا فكما أن لهذا اعطاء الاذن فله الحجر عليه بعد ذلك أيضاً. وقوله هنا «الجد الصحيح» احتراز عن الجد الفاسد وهو أبو الأم لأنه وإن لم يكن له وصي فليس لجد الصغير الفاسد عليه ولاية. فالجد الصحيح هو الذي لا يدخل في نسبته إلى الصغير أنثى كأبي أبي الصغير ففي نسبة الجد للصغير يدخل أبو الصغير. والجد الفاسد هو الذي يدخل في نسبته إلى الصغير أنثى كأبي أم الصغير ففي نسبة الصغير إلى هذا الجد تدخل أم الصغير. وعليه فبما أن النسب يثبت من الأب، وتخلل أنثى في النسب يقطعه فالجد الذي تدخل في نسبته أنثى يعد جداً فاسداً (الزيلعي ورد المحتار)، خامساً الوصي الذي اختاره الجد الصحيح ونصبه في حال حياته ويكون ولياً للصغير وله أن يأذنه أو يحجره. سادساً الوصي الذي نصبه الوصي الأول حال حياته إذا مات وكذلك الوصي الذي يقيمه الوصي الثاني وإن بعد فله أن يحجر على الصغير. يأذنه، سابعاً القاضي والوصي الذي نصبه القاضي هذا بما أنه ولي للصغير فكما أن له الحجر عليه فله فك الحجر عنه. ويفهم من هذه التفصيلات أن الوصي قسمان، أحدهما يقال له الوصي المختار وهو الذي يختاره ويعينه ولي الصغير كالأب والجد والثاني الوصي المنصوب وهذا ينصب ويعين من قبل القاضي .

الإيصاء بمعنى الاستخلاف بعد الموت، وبما أن الوصي المنصوب لم يستخلفه المتوفي، فكان يقتضي بناء على ذلك أن لا يقال له وصي ولكن بما أن فعل القاضي كفعل الأب فيكون كأن الأب استخلفه بنفسه (رد المحتار) والوالي الذي في ولايته القضاء بمنزلة الحاكم ووصيه وفي رتبتها ويجوز منه الاذن للصغير أيضاً وأما الوالي الذي لم يول القضاء فلا يجوز اذنه (الدر المختار).

وقول المجلة «في الباب» هو احتراز من ضرورة أحوال الصغار واحتراز من باب النفع المحض وليست الولاية على الصغير فيهما منحصرة فيمن ذكر في المجلة، فالتصرف على الصغار ثلاثة أنواع:

النوع الأول، التصرف الذي من باب الولاية، ولا يملك هذا غير الولي كالإنكاح، والشراء وبيع مال قنية وما ماثل ذلك من التصرفات التي لا يقدر عليها غير أولياء الصغير، وقد مر بعض إيضاحات لهذا في شرح المادة (٥٩).

النوع الثاني، التصرف الذي من ضرورة حال الصغار كاشتراء المأكولات والملبوسات والمشروبات للصغير وبيع ما يكون بيعه ضرورياً للصغير وما اشبه ذلك وهذا النوع من التصرفات كما يقدر عليه الأولياء المذكورون في هذه المادة يقدر عليه أيضاً من تربي الصغير في حجرهم كالأخ والعم والأم والملتقط. فهؤلاء يقدرون على هذه التصرفات بشرط أن يكون الصغير في عيالهم أو في حجرهم وتربيتهم.

النوع الثالث، التصرفات التي هي نفع محض للصغير، كقبول الهبة للصغير والصدقة مع القبض فكما يقدر الصغير إذا كان مميزاً على هذا النوع من التصرف فالأم والأخ والعم والملتقط الذين يكون الصغير في عيالهم وحجرهم وتربيتهم قادرون عليه أيضاً سواء أكان الولي أي الأب حاضراً أم غائباً (الولوالجية في الهبة) أنظر شرح المادة (٨٥٢) وعليه فبين هؤلاء الأولياء والمتصرفين فرق على صورتين:

الأولى: إن الأولياء المذكورين في هذه المادة مقتدرون على التصرف بأنواعه الثلاثة أما الأولياء والمتصرفون الآخرون فليسوا بمقتدرين على التصرف الذي من النوع الأول أصلاً.

الثانية: إن الأولياء المذكورين في هذه المادة مقتدرون على التصرف المذكور كله ولو لم يكن الصغير في حجرهم وعيالهم أما الأولياء والمتصرفون الآخرون فإنما يقدرون على ذلك إذا كان الصغير في حجرهم وتربيتهم.

ويفهم من ترتيب المجلة الأوصياء بالأول والثاني إن لا ولاية للجد مع وجود وصي الأب كما أنه ليس للوالي أو الحاكم ولاية أيضاً، ولا ولاية للوالي والحاكم مع وجود الجد. على أنه وان كان ثمة ترتيب في الأصياء فهو إلى وصي الجد، ويفهم بعد ذلك من قول المجلة «سابعاً الحاكم ووصيه المنصوب» ان لا ترتيب بين الحاكم والوصي فايهما تصرف كان تصرفه صحيحاً، وللحاكم حق الولاية مع وجود الوصي المنصوب فأيهما تصرف كان تصرفه معتبراً (رد المحتار).

سؤال أول ـ بما أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة بمقتضى المادة (٥٩) أفليس من اللازم أن يكون الوصي المنصوب من قبل الحاكم مقدماً على الحاكم؟

الجواب ـ إن هذه القواعد كما ورد في شرح القواعد الكلية ليست بكلية بل هي أكثرية.

سؤال ثان ـ للحاكم أن يأذن للصغير إذا امتنع الأب عن اعطائه الاذن كما هو مذكور في المادة الآتية فلا يلزم بناء على ذلك عدم وجود ترتيب بين الأولياء وأن لا تكون ولاية الحاكم متأخرة؟

الجواب ـ إن الامتناع عن اعطاء الصغير إذناً مع وجود المنفعة في اعطائه الإذن مما يجعل الأب عاضلاً ومانعاً وعضل الأب ومنعه ـ أي الإمتناع عن ايصال المنفعة للصغير ـ ينقلان ولاية الأب في هذا الخصوص إلى القاضي (رد المحتار).

هذا الجواب غير حاسم لمادة الأشكال حيث ما كان الأب عاضلاً ينبغي أن تنتقل الولاية إلى

من بعده على الترتيب يعني إلى الجد لا إلى القاضي إلا ان يقال ان إزالة العضل من باب الولاية العامة وهذا لا يمكن من الجد مثلاً (الشارح).

وولي المعتوه أيضاً على الترتيب المذكور. وعليه فالمعتوه أيضاً يعطي الاذن من أبيه أو وصيه أو جده وليس من أقاربه كعمه، وكما أن هؤلاء أولياء المعتوه إذا بلغ وهو معتوه إذا بلغ وهو معتوه فهم أولياؤه إذا بلغ عاقلاً ثم أصابه العته وليست الولاية على من يبلغ عاقلاً فيصيبه العته عائدة إلى القاضي استحساناً (رد المحتار).

أما الأم ووصي الأم والأخ والعم وسائر الأقرباء (بكسر الراء على وزن الأنصباء والأولياء) فإذا لم يكونوا أوصياء فلا يجوز لهم اعطاء الاذن لأن هؤلاء كما أنهم ليسوا مقتدرين على التصرف بطريق التجارة بمال الصغير فليس لهم اعطاء حق الاذن بالتجارة. كذلك ليس للولد أن يتصرف بمال والده المجنون (رد المحتار).

كذلك لو أذن وصي الأم الصغير بالتجارة في حق الأموال التي بقيت له عن امه ميراثاً فليس بصحيح (جامع احكام الصغار). كذلك ليس لوصي الأم حق التصرف في تركة الأم إذا كان الأب أو وصيه أو الجد أو وصيه فإذا لم يوجد أحد هؤلاء الأولياء فلوصي الأم أن يحفظ تركة الأم وأن يبيع المنقول بطريق التحصين والحفظ لا بطريق التجارة وليس له أن يبيع العقار كما أنه ليس له أن يشتري للصغير أموالاً لأجل التجارة.

كذلك ليس لوصي الأم التصرف في الأموال التي تبقى للصغير عند امه بغير الإرث سواء أكانت تلك الأموال عقاراً أم منقولاً «رد المحتار، أبو السعود المصري، الكفاية قبل الغصب».

كما أن الأولياء في باب الاذن والحجر هم هؤلاء الأشخاص فالأولياء الذين لهم حق التصرف في مال الصغير هم هؤلاء أيضاً: فحق التصرف في مال الصغير هو: أولاً، للأب، ثانياً، للوصي الذي نصبه حال حياته ثالثاً، للوصي الذي نصبه هذا الوصي واختاره رابعاً، للجد الصحيح خامساً، للوصي الذي اختاره الجد سادساً، للوصي الذي اختاره هذا الوصي سابعاً، للحاكم ثامناً، للوصي الذي نصبه الحاكم.

إلا أنه ليس للأب السفيه حق التصرف في مال الصغير وعليه فللأشخاص الذين يثبت لهم حق التصرف في مال الصغير أن يؤجروا منقول الصبي أو عقاره من آخر ببدل المثل أو مع الغبن اليسير. ولهم أن يشتروا للصبي مالاً أما إذا اشتروه مع الغبن الفاحش فلا ينفذ الشراء في حق الصبي ويكون ما اشتروه لهم وثمنه عليهم حتى إنه لو أجاز الصبي بعد البلوغ شراء كهذا مع الغبن الفاحش فلا تجوز اجازته (رد المحتار). وقد ذكرت التفصيلات في شرح كتاب البيوع.

اعطاء الوالي اذناً للصغير: إن اعطاء الوالي الذي لم يفوض إليه القضاء الاذن للصغير غير صحيح والولاة الذين في زماننا هم من هذا القبيل، أما اعطاء الوالي الذي فوض إليه القضاء الإذن للصغير فهو جائز (رد المحتار، الطحطاوي) وفي زماننا لا يوجد وال كهذا في ولاية من ولايات الدولة العلية.

للحاكم أن يأذن للصغير المميز أو المعتوه أولاً عند امتناع الولي الذي هو أولى في الإذن إذا رأى في تصرفه منفعة. ثانياً، إذا لم يوجد ولي مقدم أي أولى من الحاكم. والواقع أن ولاية الحاكم وإن كانت متأخرة عن ولاية الولي فولاية الولي المقدم إلى الحاكم بسبب عضله وامتناعه كالولي في النكاح وهذا لا يستلزم أن تكون ولاية الأب مؤخرة عن ولاية القاضي (رد المحتار) أنظر شرح المادة الآنفة. وللحاكم أن يعطي الاذن بناء على الطلب كما أن له أن يعطيه بلا طلب (الطحطاوي) وليس للولي الآخر كالأب أن يحجر عليه بعد ذلك ولو توفي القاضي الآذن أو عزل. لأن الاذن في هذا من وجه حكم وقضاء كما ذكر نظيره في شرح المادة (٩٦٢) لأن الصغير لا يكون مأذوناً ما لم يأذنه الحاكم ومن وجه آخر فتوى. إذ لا يحتاج الاذن إلى دعوى ووجود المقضى له والمقضي عليه وحضور الطرفين.

﴿مادة ٩٧٥﴾ إذا رأى الحاكم منفعة في تصرف الصغير المميز وامتنع أولاً الولي المقدم على الحاكم عن اعطاء الاذن فللحاكم أن يأذن الصغير في ذلك الخصوص

ولذلك لما كان هذا الاذن حكماً فلا ينقضي لأن المعاملات التي يجريها القاضي حسب وظيفته والأحكام التي يقضي بها في القضايا الشرعية لا تبطل بموت القاضي أو عزله كما أنها لا تنتقض بنقض الآحاد لها ويفهم من قوله «ليس لولي آخر حجره» إن لذلك الحاكم أو لحاكم آخر أن يحجره بعد الاذن، وسيأتي تفصيل هذه الفقرة في المادة (٩٧٧) (رد المحتار).

﴿مادة ٩٧٦﴾ إذا توفي الولي الذي جعل الصغير مأذوناً يبطل اذنه ولكن لا يبطل إذن الحاكم بوفاته ولا بعزله

يبطل اذن الولي بوفاة الولي ـ أي الأب أو الوصي ـ الذي أعطى الصغير الاذن، أو بجنونه جنوناً مطبقاً سواء أنصب غيره وصياً بعد وفاته أم لم ينصب وسواء أعلم الصبي وأهل السوق بموت الولي أم لم يعلموا (الهندية في الباب الخامس، وفي الباب الثاني عشر، والطوري).

لأنه كما ذكر في شرح المادة (٦٥٨) يجب وجود الاذن الذي أعطي للصغير واستمراره إلى حين تصرفاته وبما أنه بموت الآذن لا يستمر الاذن فيبطل الاذن لذلك ولو لم يكن الصغير عالماً بوفاة وليه لأن الحجر بالموت حجر حكمي وليس العلم شرطاً من شروطه ولا يقاس هذا الحجر على المادة (٩٧٣).

ونظير هذا في الوكالة فإذا عزل الموكل وكيله فلا ينعزل الوكيل ما لم يصله خبر العزل مع أنه إذا توفي الموكل ينعزل الوكيل ولو لم يقف على وفاة الموكل وذلك كما سيأتي موضحاً في شرح المادتين «١٥٢١، ١٥٢٧» فعليه لو توفي الوصي بعد أن أذن الصغير وأوصى بالوصاية لغيره أي عين وصياً خلافه يبطل الاذن «أبو السعود» وكذلك ينحجر الصغير المأذون إذا جن جنوناً مطبقاً فلو أفاق بعد ذلك من جنونه فلا يعود إليه الاذن ويحتاج إلى اذن جديد «أنظر شرح المادة ٩٧٣» **ولكن لا يبطل إذن الحاكم بوفاته** أو

جنونه أو عزله، لأن اذن الحاكم كما هو مذكور في شرح المادة الآنفة حكم من وجه، ولا تبطل المعاملات الشرعية التي أجراها بصفته قاضياً بعزله أو بموته، والفرق أن اذن القاضي قضاء من وجه لأنه باعتبار ولايته القضاء لا باعتبار ولايته النيابة فمن حيث انه قاض لا يبطل بموته وعزله وأما اذن الأب فمن حيث النيابة فيبطل بهما «الطوري».

وذلك كما لا يبطل اذن الحاكم بوفاة أبي الصغير أو وصيه لأنه لم يصدر الاذن منهما «أبو السعود»

إذن لحاكم على وجهين كما يفهم من المواد الآنفة:

الأول - اعطاء الحاكم الاذن لعدم وجود من يتقدمه من الأولياء كما هو مبين في المادة «٩٧٤»

الثاني - اعطاء الحاكم الاذن بسبب امتناع الولي المقدم عن اعطاء الاذن كما استفيد من المادة «٩٧٥» ويستفاد من ذكر عدم البطلان في هذه المادة مطلقاً ان الاذن لا يبطل بوفاة الحاكم أو عزله سواء أكان الاذن قد أعطى على الوجه الأول أم على الوجه الثاني «الدر المختار، ورد المحتار».

﴿مادة ٩٧٧﴾ - (الصغير المأذون من حاكم يجوز أن يحجر عليه من ذلك الحاكم أو من خلفه وليس لأبيه أو لغيره من الأولياء أن يحجر عليه عند موت الحاكم أو عزله)

للحاكم أو لخلفه في حالة أن يحجر الصغير الذي أذن من الحاكم بالتصرف على أحد الوجهين المذكورين في شرح المادة الآنفة، ولا يقال في ذلك أنه لا يجوز الحجر بسبب عدم جواز نقض حكم الحاكم الموافق للشرع، لأن هذا الاذن لم يكن من كل الوجوه حكماً بل هو من وجه افتاء كما ذكر في المادة (٩٧٥) إلا أنه لا يجوز لولي الصغير الآخر كأبيه أو وصيه أو جده حجر الصبي بوفاة الحاكم أو عزله لأن الاذن من وجه حكم وليس لأحد من الناس اعتراض نقضه (الدر المنتقي ورد المحتار).

ويستفاد من المادة «٩٧٥» أن قوله في المتن «عند وفاة الحاكم أو عزله» ليس احترازا فلو بقي الحاكم حياً وبقي في وظيفته فليس للأولياء الآخرين أن يحجروا عليه.

ويفهم من عبارة «يحجر عليه من ذلك الحاكم» أن يكون ذلك الحاكم باقياً في منصبه كما كان، إذ ليس له بعد عزله من القضاء أن يحجر الصبي الذي أذن بالتصرف، إذ لم يبق للقاضي بعد العزل ولاية.

﴿مادة ٩٧٨﴾ - (المعتوه في حكم الصغير المميز)

إن المعتوه في جميع الأحكام هو في حكم الصغير المميز، ولا سيما في الأحكام الثلاثة الآتية، وهي:

(١) في تصرفاته

(٢) في صيرورته مأذوناً بإذن الأب والجد والوصي والحاكم

(٣) في رفع التكليف عنه

وعليه فإذا أقر شخص طاعن في السن وهو معتوه، بجميع الأموال والأملاك التي تنسب إليه، لأحد الناس، فلا يكون إقراره صحيحاً (التنقيح تلخيصاً ومآلاً).

المسائل المتفرعة من الحكم الأول:

إن تصرف المعتوه فيما فيه نفع محض كقبول المعتوه الهبة والصدقة والهدية معتبر كما هو مذكور في المادة «٩٦٧» ولو لم يكن ثمة اذن واجازة من وليه. أما تصرفه الذي فيه ضرر دنيوي محض كأن يهب شيئاً لآخر أو يهديه اياه أو يتصدق عليه به فباطل ولو أجازه وليه، والعقود الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على اجازة الولي. إلا أنه يشترط في صحة إجازة المعتوه أن يكون عاقلاً بحيث يعلم أن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها وإلا فتصرفاته باطلة واجازتها غير جائزة.

والشخص الذي يبلغ معتوهاً ويعرف أن البيع سالب والشراء جالب فولاية أبيه ثابتة واعطاؤه اذناً من أبيه ووليه صحيح بالإتفاق. أما من يبلغ عاقلاً ويصاب بالعته بعد ذلك فقد اختلف فيه، فأبو يوسف يقول بأن حق الولاية عليه لا يعود إلى وليه كأبيه. وبما أن الولاية عليه عائدة إلى الحاكم فاعطاؤه الاذن منحصر في الحاكم وليس للولي الآخر كأبيه أن يعطيه إذناً، والقياس هو هذا، أما عند الإمام محمد فيعود حق الولاية إلى وليه، وعليه فللأولياء الآخرين كالأب أن يعطوه إذناً، والمستحسن هو هذا (أبو السعود والكفاية قبل الغصب). وبما أنه قد ذكر لفظ المعتوه هنا مطلقاً فقد اختير مذهر الإمام محمد، والأصل أن جهة الاستحسان مرجحة عند الفقهاء على جهة القياس.

وقد اختلف في المجنون على هذه الصورة أيضاً، فحق الولاية على من يبلغ مجنوناً وإن كان عائداً إلى وليه كالأب، فإذا جن بعد أن صار عاقلاً بالغاً يعود حق الولاية إلى الحاكم وليس إلى الأب. أما عند محمد فيعود إلى وليه كالأب (الأنقروي).

أما اعطاء الاذن من أقرباء المعتوه غير الأولياء كالأخ والعم أو غيرهما فهو جائز والاذن غير معتبر (رد المحتار والدرر).

﴿مادة ٩٧٩﴾ - (المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز)

وعليه فلا تكون تصرفاته القولية صحيحة أصلاً. سواء أكانت نافعة كالإتهاب أم كانت ضارة كالهبة لآخر أو كانت دائرة بين النفع والضرر كالبيع (الهداية). وعليه فالأحكام المذكورة في المادة (٩٦٦) تجري على المجنون المطبق أيضاً (رد المحتار).

مثلاً لو باع المجنون المطبق مالاً كان البيع باطلاً، فلو أجاز وليه بعد ذلك البيع أو أجازه هو بعد الإفاقة لا يجوز، كذلك لو وهب أحد مالاً من مجنون مطبق وسلمه اياه وهذا اتهبه وقبله واستلمه فلا يكون ذلك صحيحاً.

أما تصرفات المجنون المطبق في حال إفاقته فكتصرفات العاقل، يعني ان تصرفات المجنون المطبق كالبيع والشراء والهبة والإتهاب بعد أن يفيق من جنونه تماماً صحيحة سواء أكانت التصرفات المذكورة نافعة أم ضارة أم دائرة بينهما، إلا أنه قد ذكر في (رد المحتار) ان المجنون الذي يبقى ناقص العقل ومعتوهاً في حال افاقته يكون في حكم الصغير المميز.

﴿مادة ٩٨٠﴾ ـ (تصرفات المجنون غير المطبق في حال إفاقته كتصرفات العاقل)

قوله في حالة افاقته أي حال كونه تام العقل.

وتكون هذه التصرفات نافذة ولا تتوقف على اجازة وليه (رد المحتار) وبعبارة أخرى ليس لأحد من ولاية عليه في حال إفاقته لأنه إذا زال الجنون الذي هو مانع من التصرف عاد الممنوع. وعليه فاقراره ورهنه وفراغه وما إلى ذلك من المعاملات صحيحة ومعتبرة (التنقيح).

ويفهم من هذه الإيضاحات أن تصرفات المجنون المطبق والمجنون غير المطبق النافع منها والضار وما يدور بين ذلك باطلة، مع أن تصرفات الإثنين في حال إفاقتهما صحيحة، ومن هذه الجهة لا فرق بينهما، وإن كان يوجد فرق بينهما في بعض الأحكام في شرح المادة (٩٤٠).

﴿مادة ٩٨١﴾ ـ (لا ينبغي أن يستعجل في إعطاء الصبي ماله عند بلوغه بل يجرب بالتأني فإذا تحقق كونه رشيداً تدفع إليه أمواله حينئذ)

إذا بلغ الصبي مجهول الحال، فبما أنه لا يتحقق رشده بمجرد بلوغه كما يستفاد من المادة الآتية، فلا ينبغي أن يستعجل في اعطائه ماله عند بلوغه بل يجرب رشده ويجب أن لا يفهم من قوله (يجرب..) أن يكون ذلك على الاختبار بل يلزم عدم اعطائه ماله إذا لم يثبت رشده. لكن ترك التجربة لا يوجب الضمان بناء على ما أفاد صاحب التنقيح من الإيضاحات ويوجب الضمان بناء على ظاهر بيان الولوالجية والعلامة الشبلي.

وعليه فإذا تحقق كون ذلك الصبي رشيداً تدفع إليه أمواله حينئذ ويكفي لإعطائه ماله علم الوصي برشده وصلاحه، حتى إنه لو شوهدت حال كهذه في الصبي قبل بلوغه، فللوصي بمقتضى المادة (٩١٨) أن يسلم الصغير أمواله ولا يلزم الوصي بعد ذلك ضمان، أنظر المادة (٩١). ولو امتنع الوصي عن تسليم الصبي أمواله بعد أن طلبها لتحقيق رشده هو بالغ على هذا الوجه وبعد ذلك تلفت في يد الوصي ضمن أنظر المادة (٧٩٤) لكن لو تلف في يده قبل الطلب لا يضمن، أما لو سلم الوصي الأموال للشخص الذي تحت وصايته بمجرد بلوغه مع علمه بعدم رشده وأضاعها ذلك الشخص فيضمنها الوصي.

وعلى ذلك لو طلب الصبي ماله بعد بلوغه فتأنى الوصي في تسليمه اياه للتجربة والاختبار فتلف المال في يد الوصي فلا يضمن أنظر المادة (٩١) كذلك لو اعطي الوصي للصبي المحجور عليه من طرف الحاكم لبلوغه وهو غير رشيد ماله فأضاع الصبي المال كان الوصي ضامناً. وحيث إن هذه المادة تحتاج إلى الإيضاح فلنبادر إلى أيضاحها فيما يأتي:

في الصبي البالغ ثلاثة أحوال:

١ ـ يبلغ الصغير وهو رشيد ويكون رشده معلوماً. أي إذا كان الصغير غير سفيه في حال

صغره وبلغ وهو مصلح ومحافظ على ماله فيجوز تسليم أمواله إليه.

وعلم الوصي برشد الصغير كاف لإعطائه ماله. لأن الحجر على الصغير ينتهي ببلوغه كما هو مذكور في شرح المادة (٩٦٧).

ولا كلام في جواز تسليم الصبي ماله وإعطائه اياه بعد البلوغ، لأن ذلك جائز إذا كان رشد الصبي معلوماً (التنقيح).

٢ ـ أن يكون الصغير غير رشيد، يعني أن يبلغ وهو سفيه مسرف في ماله ومتلف فلا يجوز اعطاؤه المال في هذه الصورة، كما قد صرح في المادة (٩٨٢).

٣ ـ بلوغ الصغير دون أن يعلم رشده أو سفهه.

يجوز اعطاء الصغير ماله بناء على ما جاء به صاحب التنقيح من الإيضاحات، وإلا لوجب أن تكون تصرفات كل بالغ لا يعلم رشده غير صحيحة وقوله (لأن دفع المال مع علمه بأنه مضيع تضييع) دليل ظاهر على أنه لو لم يعلم رشده ولا سفهه لا يضمن لعدم العلة المذكورة، وقد أفتى به المرحوم شيخ الإسلام شهاب الدين المصري كما هو مذكور في فتاواه (صرة الفتاوى).

وعليه فلو أعطى الوصي لهذا الصبي ماله وثبت كم أنه مفسداً وغير رشيد فلا يلزم الوصي ضمان، أنظر المادة (٩١) ولكن على الوصي أن لا يعطيه ماله قبل أن يختبره ويجربه.

ولو امتنع الوصي مدة عن تسليم الصبي البالغ أمواله لانكشاف حال الصغير واختبار رشده وصلاحه وتلفت الأموال أثناء ذلك في يد الوصي بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الوصي ضمان. وهذا الاحتمال هو المبين في هذه المادة (التنقيح) لأن عبارة متن المجلة «بل يجرب بالتأني» مانعة من صرفه إلى الاحتمال الأول لأنه إذا علم رشده فلا لزوم للتجربة.

ولو أنكر الوصي رشد الصبي البالغ وامتنع عن تسليمه ماله فيلزم أن يثبت الصبي البالغ رشده بالبينة الشرعية. حتى يحكم على الوصي بتسليمه الأموال (التنقيح).

ولكن جاء في الولوالجية أنه إذا بلغ الصغير فلا يجوز اعطاؤه ماله من طرف الولي إذا لم يثبت رشده وإذا أعطاه اياه دون ذلك لزمه الضمان (رد المحتار) وقد حمل صاحب التنقيح كلام الولوالجية هذا على الحال الثاني أي بلوغ الصغير وهو سفيه. وعليه فلا يبقى اختلاف في المسألة.

أما لو طلب الصغير أمواله من الوصي بعد تحقق بلوغه ورشده فلم يعطه اياها وتلفت في يد الوصي أو فقدت كان ضامناً (رد المحتار). لكن لو طلب الصغير المميز غير البالغ ماله وكان رشده ثابتاً ولم يعطه الوصي اياه. فبما أن الصغير لم يخرج من تحت الولاية، أي أن حق الولاية لم يزل باقياً للولي أو الوصي على الصغير، فللوصي أو الولي أن لا يعطيه ماله وإذا تلف في يده بلا تعد فلا يلزم ضمان[1].

---

(١) إن الأحكام الفقهية هي على الوجه المشروح، ولكن بناء على الأمر السلطاني الصادر في ٥ ذي الحجة سنة ١٢٨٨هـ وفي ٢ شباط سنة ١٢٨٧ لو بلغ صَغير وادعى رشده وطلب تسليمه أمواله وأنكر الوصي رشده وترافعا أمام الحاكم فلا تسمع دعوى الرشد من الصغير ما لم يكمل السنة العشرين ولو سمعت وحكم فيها فلا يكون الحكم نافذاً. أنظر المادة: «١٨٠١» (الشارح).

﴿مادة ٩٨٢﴾ - (إذا بلغ الصبي غير رشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده ويمنع من التصرف كما في السابق)

لا يسلم الصبي أمواله إذا بلغ سفيهاً بالإتفاق ولو لم يكن قد حجر بعد، يعني إذا بلغ الصبي غير رشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده بالبينة ولو اكمل الخامسة والعشرين من عمره ويكون مستحقاً للحجر، وعليه فيحجر عليه عند أبي يوسف ويمنع من التصرف كما في السابق، يعني إذا بلغ سفيهاً وغير رشيد فلا تعطى إليه أمواله سواء أحجر عليه الحاكم أم لم يحجر (الخانية) وذلك كما قد مر إيضاحه في شرح المادة الآنفة. والواقع أن الذي يبلغ رشيد لا يبلغ محجوراً على رأي الإمام أبي يوسف. ويقتضي حجره مستأنفاً وتكون تصرفاته بعد البلوغ وقبل الحجر نافذة. أما عند الإمام محمد فإنه يبلغ محجوراً فلا يحتاج إلى حجر آخر على أنه وإن وقع الاختلاف على هذا الوجه فقد اتفق على عدم جواز اعطائه ماله (الشبلي، الطحطاوي) فلو باع قبل حجر القاضي جازعند أبي يوسف خلافاً لمحمد «صرة الفتاوى».

وعليه فلو أعطي الوصي اليتيم الذي تحت حجره ماله بطلبه سواء أحجره الحاكم لبلوغه سفيهاً وغير رشيد أم لم يحجره فأضاعه ضمن ولو لم يكن ذلك للتصرف بل لو كان وديعة للمحافظة يضمن أيضاً. لأن إعطاء الوصي ذلك اليتيم ماله مع علمه بأنه بلغ غير رشيد يعد تضييعاً للمال (الخانية، الهندية في الباب الثاني).

وقول المجلة «يمنع من التصرف» بدلاً من أن تقول «لا يصح تصرفه» مبني على مذهب الإمام أبي يوسف ومعنى «يمنع» أي يمنع حجراً، فعلى هذا التقدير لو باع ماله قبل الحجر أي المنع ينفذ البيع عند أبي يوسف أما عند الإمام محمد فلا يصح تصرفه قبل الحجر أيضاً وعلى ذلك لو باع الصغير قبل حجر القاضي فلا يصح البيع على مذهب الإمام محمد (عبد الحليم وصرة الفتاوى) لكن الأظهر ترك عبارة (كما في السابق لأن المنع السابق على الأصلي، أما المنع بعد البلوغ فهو مبني على حجر الحاكم. وأما مذهب الإمام الأعظم فهو إذا بلغ الصبي سفيهاً فلا يعطى إليه ماله ما لم يبلغ سن الخامسة والعشرين. وعدم الإعطاء هذا ليس بحجر «لأن الإمام لا يجوز الحجر» وإنما هو للتأديب، وعليه فتصرفات السفيه بعد البلوغ وقبل الحجر صحيحة (التنقيح ورد المحتار).

سؤال (١) - بما أن السفيه ممنوع من قبض الأموال التي هي في يد الوصي بمقتضى هذه المادة، فيلزم عند الإمام أن لا يكون تصرفه صحيحاً؟

الجواب - إن المنع عن القبض لا يستلزم امتناع التصرف، ألا ترى أن المشتري يستطيع أن يبيع المبيع من آخر إذا كان عقاراً مع أنه ممنوع من قبضه قبل اداء الثمن. أنظر المادة (٢٥٣) (الجوهرة بتغيير).

وعليه فيصح تصرف غير الرشيد بعد البلوغ وقبل الخامسة والعشرين بيعاً وشراء. حتى إنه لو باع من ماله شيئاً كان البيع صحيحاً ويأمر القاضي الوصي بتسليم ذلك المال للمشتري. وإذا اشترى مالاً جاز، ويأمر الحاكم الوصي بدفع ثمنه (أبو السعود).

سؤال (٢) ـ لما كانت تصرفاته الواقعة صحيحة عند الإمام، لعدم جواز حجره، فليس من فائدة في عدم تسليم ماله؟.

الجواب ـ لما كان أغلب تصرفات السفيه هي الهبات والصدقات، وكان تمام ذلك يتوقف على القبض، فإذا كان المال ليس في يد السفيه ولا يستطيع تسليمه فبذلك تصبح هباته وصدقاته بلا حكم، وفيه أن هذا الجواب غير حاسم لمادة الأشكال، فإن تصرف السفيه إذا كان صحيحاً يبيع ما في يد الوصي بثمن ثم يبرِّئ المشتري أو يبيع بثمن قليل فيتلف ماله فلا يجدي هذا المنع نفعاً (الشارح).

ويجب عند الإمام اعطاؤه ماله بعد ذلك ولو لم يصر رشيداً لأن منعه من ماله هو للتأديب فإذالم يتأدب بعد وصوله سن الجدود فلا يبقى أمل في تأديبه (رد المحتار والكفاية شرح الهداية).

فإذا وصل المرء سن من يصير جداً أو جدة ولم يتأدب يقطع الأمل من تأديبه (رد المحتار، الكفاية شرح الهداية) ألا ترى أنه قد يصير جداً في هذه السن وولده قاضياً، وفيه حجر الولد والده مع كونه حراً بالغاً فيؤدي إلى أمر قبيح (الجوهرة).

أما عند الإمامين فلا تعطى إليه أمواله ما لم يتحقق رشده ولو تجاوز الخامسة والعشرين وأصبح شيخاً في الثمانين كما أن تصرفه في أمواله قبل الرشد ليس بجائز ما لم يجزه الحاكم (الهندية، رد المحتار).

على أنه وإن كان يفهم من ظاهر المتون الفقهية إنها ترجح قول الإمام الأعظم إلا أنه يفهم من قول المجلة (إذا لم يتحقق رشده) انها اختارت قول الإمامين (التنقيح) وتظهر ثمرة الخلاف في مسألتين:

المسألة الأولى، في الشخص الذي بلغ غير رشيد إذا بلغ السنة الخامسة والعشرين غير رشيد فسلمه الوصي ماله فلا يلزم الوصي عند الإمام ضمان. وإذا لم يسلمه اياه بعد الطلب وتلف في يده لزم الضمان.

أما عند الإمامين المشار إليهما فيلزم الوصي الضمان في صورة التسليم وعدم الضمان عند عدم التسليم وبما أن المجلة قد اختارت قول الإمامين فيجب الضمان على الوصي في حالة التسليم (أبو السعود).

المسألة الثانية، ان تصرفات من يبلغ غير رشيد ولم يصل سن الخامسة والعشرين صحيحة عند الإمام وغير صحيحة عند محمد (التنقيح). أما تصرفات السفيه في الأموال التي اكتسبها وهو سفيه فهي صحيحة عند أبي يوسف لأنه لا ينحجر بالسفه إذا لم يحجره الحاكم والتصرف المذكور عند محمد ليس صحيحاً إذ ينحجر عنده بمجرد السفه.

﴿مادة ٩٨٣﴾ ـ (إذا دفع وصي الصغير ماله إليه قبل ثبوت رشده فضاع المال في يد الصغير وأتلفه يضمن الوصي).

إذا لم يثبت رشد الصغير بالحجة الشرعية أو بالتجربة بمقتضى المادة (٩٦٨) وأعطاه وصيه أو وليه أمواله وهو مميز غير بالغ فضاع المال في يد الصغير أو أتلفه يكون الوصي ضامناً ولو كان الإعطاء بطلب الصغير.

عدم ثبوت رشد الصغير يكون على وجهين:

الأول، يكون بثبوت كونه غير رشيد وفي هذه الصورة لا يجوز اعطاؤه ماله، لأنه لما كان صبياً فهو محجور اصلاً.

الثاني، أن لا يعرف رشده من عدمه، أي يكون رشده غير ظاهر من عدمه.

فلو اعطى الوصي الصغير ماله في هاتين الصورتين وأتلفه الصغير ضمن الوصي.

وهذه المادة بما أنها مقابلة للمادة (٩٦٨) فكان من المناسب ذكرها في تلك المادة أو في مادة مستقلة عقبها.

قيل (قبل ثبوت رشده) لأن الإعطاء بعد ثبوت رشده جائز بمقتضى المادة (٩٦٨) فإذا أعطاه في هذه الصورة وأضاعه فلا يلزم الوصي أو الولي ضمان أنظر المادة (٩١). بل إذا كان الصبي غير بالغ وطلب من الوصي أمواله بعد أن تحقق رشده ولم يعطه اياها وتلفت في يد الوصي أو الولي فلا يلزمها ضمان كما بين ذلك في شرح المادة (٩٨١) لأن رفع الحجر عن الصغير يكون بالبلوغ والاذن وإذا لم يحصلا يبقى على حجره الأصلي.

﴿مادة ٩٨٤﴾ - (إذا أعطى إلى الصغير ماله عند بلوغه ثم تحقق كونه سفيهاً يحجر عليه من قبل الحاكم.)

إذا أعطي إلى الصغير ماله على الوجه الثالث المبين في شرح المادة (٩٨١) بناءً على بلوغه ثم تحقق كونه سفيهاً يحجر عليه من قبل الحاكم. وظاهر هذه العبارة يدل على جواز اعطاء الصغير ماله باعتباره رشيداً بمجرد بلوغه. والحال أنه كما وضح في شرح المادة (٩٨١) لا يكفي مجرد البلوغ في الحال الثاني لاعتبار الشخص رشيداً، وقد وضحت هذه المسألة في المادة (٩٨٢).

يعني أولاً، إذا صار سفيهاً بعد بلوغه رشيداً، يحجر.

ثانياً، إذا تحقق كونه سفيهاً بعد بلوغه مجهول الحال يحجر.

ثالثاً، إذا بلغ سفيهاً يحجر. أنظر شرح المادة (٩٨٢)

﴿مادة ٩٨٥﴾ - (يثبت حد البلوغ بالاحتلام والاحبال والحيض والحبل.)

حد البلوغ يثبت في الرجل بالاحتلام مع الإنزال «خواب ديدن بآب» والإحبال «آبستن كردن».

والإنزال (جد اشدن آب) أي نزول المني بأي سبب، وفي النساء بالحيض والاحتلام والحبل (ابستن شدن) وإذا لم يكن أحد هذه الأمور فيعد الصبي بالغاً كما سيجيء في المادة الآتية إذا أكمل خمس عشرة سنة هجرية والأحسن أن يقال: بلوغ الصغير بـالإحبال والإنـزال والاحتلام، والصغيـرة بهما وبالحبل وبالحيض. (القهستاني)

البلوغ، لغة بمعنى الوصول، وفي اصطلاح الفقهاء بمعنى انتهاء الصغر.

الصغر، بما أن الصغر هو أحد اسباب الحجر فينبغي بيان المدة التي ينتهي عندها، وقد وضعت هذه المادة مع المواد الآتية لهذا الغرض (رد المحتار).

وقد مر في شرح المادة (٩٦٧) ان البلوغ هو أحد الأحوال التي ترفع الحجر عن الصغير.

الحبل، بفتح الحاء والباء، يقال حبلت المرأة حبلاً من باب تعب إذا حملت بالولد، وكذلك يطلق على احتلام النائم برؤيته الجماع وإنزاله المني في الغالب، فغلب لفظ الاحتلام في هذا دون غيره من أنواع المنام لكثرة الاستعمال (رد المحتار) .

الإنزال أصل في الاحتلام والإحبال وإن لم يذكر في المجلة صراحة إلا أنه ضمناً لأن الاحتلام الحاصل بدون انزال المني غير معتبر في اثبات البلوغ كما أنه لا يتصور احبال بدون انزال، والأصل هو الإنزال وما عداه فهو علامة (الطوري والدر المنتقى) .

وإذا جامع امرأته بعد ما بلغت حداً يتصور منه الإحبال فجاءت بولد فإنه يثبت نسبة منه ويحكم ببلوغه ضرورة ثبوت نسب الولد «الهندية قبيل الباب الثالث من الحجر».

الاحتلام كما يكون للرجال علامة للبلوغ يكون للنساء كذلك، لكن كما يختص الإحبال بالرجال يختص الحيض بالإناث، ويفهم من تقييد المجلة البلوغ بالاحتلام وغيره أن البلوغ لا يثبت بنبات العانة والذقن والشارب وشعر ما تحت الإبط وخشونة الصوت وبروز النهود وما إلى ذلك (رد المحتار) .

﴿مادة ٩٨٦﴾ ـ (مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة وفي المرأة تسع سنوات ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة. وإذا أكمل الرجل اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ يقال له «المراهق» وإذا اكملت المرأة تسعاً ولم تبلغ يقال لها «المراهقة» إلى أن يبلغا.)

إن أقل سن يمكن أن يحتلم فيها الذكور ويبلغوا هي اثنتا عشرة سنة والإناث تسع سنوات ومنتهى السن في الإثنين خمس عشرة سنة عند الإمامين. وعليه فمتى أتم الذكر الثانية عشرة من عمره يمكن أن تظهر عليه آثار البلوغ المذكورة في المادة الآنفة، لأنه قد شوهدت علامة البلوغ في هذه السن، ولقد كان عبدالله بن عمرو بن العاص أصغر من أبيه بإثنتي عشرة سنة فقط، كذلك يمكن أن تظهر آثار البلوغ على الأنثى متى اكتملت السنة التاسعة من عمرها، لأن البنت أسرع بلوغاً من الغلام (أبو السعود) وجاء في الجوهرة «لأن الاناث نشوؤهن وإدراكهن أسرع من إدراك الذكور».

وإذا أكمل الشخص الخامسة عشرة ولم تظهر عليه آثار البلوغ سواء أكان ذكراً أم أنثى فيحكم عند الإمامين ببلوغه. وقد أفتى بقول الإمامين مشايخ الإسلام واختارته المجلة أيضاً (علي أفندي من كتاب الحجر) وإذا أكمل الغلام إثنتي عشرة سنة والبنت تسع سنوات فيدعى الغلام بالبالغ المراهق وتدعى البنت بالبالغة المراهقة إلى حين ظهور آثار البلوغ المذكورة في المادة الآنفة أو إلى بلوغها سن الخامسة عشرة سنة، ومعنى المراهق: المتقارب، أي القريب من البلوغ (منلا مسكين).

بما أن تعيين في هذه المادة مبدأ البلوغ ومنتهاه فالمادة (٩٨٨) تتفرع من المبدأ كما أن المادة الآتية تتفرع من المنتهى. فكان من المناسب تقديم المادة (٩٨٨) على المادة الآتية.

﴿مادة ٩٨٧﴾ ـ من أدرك سن البلوغ ولم تظهر عليه آثار البلوغ يعد بالغاً حكماً

من أدرك منتهى سن البلوغ، أي من أتم خمس عشرة سنة من عمره ولم تظهر عليه آثار البلوغ يعد بالغاً حكماً، يعني إذا اكمل الغلام أو البنت الخامسة عشرة يلزم الحكم بكونهما بالغين ولو لم يظهر عليهما أثر من آثار البلوغ (علي أفندي) لأن ظهور علامة البلوغ في هذه السن هو الغالب الشائع.

وعليه فكما أن من تظهر عليه علامة البلوغ يعد بالغاً بمقتضى المادة (٩٨٥) كذلك يعد بالغاً من أدرك منتهى سن البلوغ ولم تظهر عليه علامة البلوغ. لأن العادة الغالبة احدى الحجج الشرعية، ويستفاد حكم هذه المادة من الفقرة الأولى من المادة الآنفة.

وهذه المادة مبنية على مذهب الإمامين، وقد قال بذلك الأئمة الثلاثة أيضاً، وهو المفتى به، كما ذكر في شرح المادة الآنفة. أما عند الإمام الأعظم فإنه إذا أكمل الغلام الثامنة عشرة والبنت السابعة عشرة من عمرها يعدان بالغين ولو لم يظهر عليهما آثار البلوغ (رد المحتار والدرر).

﴿مادة ٩٨٨﴾ - (الصغير الذي لم يدرك مبدأ سن البلوغ إذا ادعى البلوغ لا يقبل منه)

الصغير الذي لم يدرك مبدأ سن البلوغ المبين في المادة (٩٨٦) إذا ادعى البلوغ لا يقبل منه. مثلاً لو قال غلام لم يكمل الثانية عشرة إنه بالغ، فلا يقبل ذلك منه، كما أنه لا يقبل قول بنت لم تتم التاسعة بأنها بالغة، كما لو كانت في الخامسة من عمرها، ولو جاء ها الدم لا يعتبر حيضاً (الطحطاوي) لأن ظاهر الحال يكذبها وفي هذه الصورة لا تجوز معاملاتها كالبيع والشراء والقسمة. (رد المحتار، العناية).

وتطلق الدعوى، كما ذكر في كتاب الدعوى، على طلب الحق لدى الحاكم. لكن الدعوى في هذه المادة لم تكن بهذا المعنى، وعليه فلو بين بلوغه في حضور غير الحاكم فلا حكم له، ويبقى محجوراً كالأول.

﴿مادة ٩٨٩﴾ - «إذا أقر المراهق أو المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه فلا يصدق اقراره إن كان ظاهر الحال مكذباً له بأن كانت جثته لا تتحمل البلوغ أما إذا كان ظاهر الحال غير مكذب له بأن كانت جثته متحملة البلوغ فيصدق وتكون عقوده وإقرارته نافذة معتبرة ولو أراد بعد ذلك بمدة أن يفسخ تصرفاته القولية بأن يقول إني لم أكن بالغاً في ذلك الوقت أي حين أقررت بالبلوغ فلا يلتفت إلى قوله».

وهذه العبارة وردت في التنوير، إلا أنه لم يذكر فيها قيد (في حضور الحاكم) وإنما العبارة الواردة في التنوير هي (إذا قال المراهق أو المراهقة إنني بلغت وكانت جثته الخ) فأصبحت عبارة «في حضور الحاكم» «والإقرار» غير قيد احترازي.

وجاء في التنقيح أيضاً «أقر مراهق بصلح أو غيره وقال له باغ ثم ادعى هو أو غيره فساد الصلح لكونه غير بالغ لا يلتفت إلى انكار البلوغ» «انتهى بتغيير ما».

فإن كانت جثة المقر (وجثته بضم الجيم وفتح الثاء المشددة، أي شخص الإنسان) غير متحملة

للبلوغ وكان ظاهر الحال مكذباً له فلا يصدق إقراره هذا، لأنه يشترط في الإقرار أن لا يكذبه ظاهر الحال، كما هو مذكور في المادة (١٥٧٧).

مثلاً إذا ادعى غلام في الثانية من عمره ولا يحتمل احتلامه بسبب ضعف جثته لا يقبل ادعاؤه ولا تنفذ عقوده ومعاملاته ولا يعتبر اقراره وإن كانت جثته تتحمل البلوغ فيسأل عن صورة بلوغه، يعني يسأل، هل بلغ بالاحتلام أو بالإحبال، فإذا بين أحدهما صدق، لأن البلوغ لا يعرف إلا بـإحدهما (الجوهرة) كما يقبل قول المرأة في الحيض (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثاني). ولا يلزمهما يمين يعني أنه لا تجب عليهما يمين على كونهما بلغا على الوجه الفلاني. ولو دعيا البلوغ بالسن طولبا بالبينة لإمكانها، إلا أن يكونا من البدو فإنهما لا يطالبان بالبينة لعدم التاريخ بينهم (عبد الحليم).

والخلاصة أنه يوجد لهذا التصديق ثلاثة شروط:

أولها، أن يكون مدعي البلوغ مراهقاً، أي أن تكون البنت قد اكملت السنة التاسعة والغلام السنة الثانية عشرة،

وعليه فلو ادعى البلوغ غير المراهق فلا يقبل ادعاؤه ولا السنة على ذلك (الدر المنتقى) وفي هذه الحال لا ينظر إلى تحمل جثته البلوغ أو عدم تحملها، والمبين في المادة (٩٨٨) هو هذا.

ثانيها، كون الجثة تتحمل البلوغ. وعليه فلو ادعى مراهق لا يتحمل البلوغ أنه بالغ فلا يقبل منه، والمبين في الفقرة الأولى من هذه المادة هو هذا.

ثالثها، تفسير البلوغ، يعني بأي شيء علم البلوغ، أي يجب أن يفسر بالاحتلام أو بالإحبال (أبو السعود، رد المحتار، صرة الفتاوي).

ثم أنه وإن كان لا يلزم سؤاله والإستقصاء عن الشخص الذي احتلم به، يعني هل كان احتلامه بغلام أو بنت، فهو من قبيل الاحتياط لأن الصغير أحياناً يقر بالبلوغ كذباً بتلقينه كيفيته (رد المحتار) واذن فتكون أحكام هؤلاء كأحكام البالغين وتعتبر عقودهم كالبيع والقسمة وتنفذ اقراراتهم (الهندية). يعني أن عقودهم لا تكون موقوفة على اجازة الولي، ولا يبطل اقرارهم. ولو أراد العاقد أو المقر بعد تلك العقود والإقرارات بمدة أن يفسخ تصرفاته القولية بأن يقول إني في ذلك الوقت، أي اقررت بالبلوغ، لم أكن بالغاً وكذبت فلا يلتفت إلى قوله، أنظر المادة (١٠٠) (الدر المختار، رد المحتار).

فعليه لو أقر صغير أكمل الثانية عشرة من عمره، وجثته تتحمل البلوغ، بأنه بلغ بالاحتلام ثم ادعى بعد أن صالح على ألف قرش في ذمة أحد بأربعمائة قرش مثلاً أنه لم يكن حين الصلح بالغاً فلا تسمع دعواه (علي أفندي).

صبي باع واشترى وقال أنا بالغ، ثم قال بعد ذلك أنا غير بالغ، فإن كان قوله الأول في وقت يمكن البلوغ فيه لم يلتفت إلى جحوده بعد ذلك (الجوهرة) ولا يحكم بالبلوغ بمجرد صيرورة الشخص مراهقاً ومراهقة، أي ببلوغ مبدأ سن البلوغ، بل يجب، كما هو مبين في المجلة، أن يدعي البلوغ وأن يقر بذلك مثلاً إذا اكمل صغير الثانية عشرة ولم يقر ببلوغه، يحكم ببلوغه بمجرد اكماله سن الثانية عشرة (علي أفندي).

الفصل الثالث

في حق السفيه المحجور

﴿مادة ٩٩٠﴾ - (السفيه المحجور هو في المعـاملات كـالصغير المميـز وولي السفيه الحاكم فقط، وليس لأبيه وجده وأوصيائه حق الولاية عليه)

يؤثر الحجر في التصرف الذي لا يتساوى جده وهزله، ولا ينفذ من المحجور ما لم يجزه القاضي (رد المحتار في الحجر).

وعليه فالسفيه المحجور هو كالصغير المميز في المعاملات كالبيع، والشراء، والإجارة، والإقرار، والحوالة، والرهن، والارتهان، والشركة، والتوكيل، وما يماثل ذلك، يعني كما أن تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على الاذن، فتصرفات السفيه المحجور موقوفة عليه أيضاً. لأن تصرفات السفيه ليست بباطلة، والتصرف المذكور لما كان يلاحظ فيه وجود المنفعة فكان موقوفاً على الاذن وقابلاً للإجازة (الشبلي).

أما في التصرف الذي يتساوى جده وهزله فلا تأثير فيه للحجر، وينفذ من المحجور كالطلاق والعتاق، والنكاح (الكفاية) لكن يفرق بين الصبي المميز وبين السفيه المحجور بستة أوجه كما بينه الشبلي.

(١) - للصغير المميز ولي غير الحاكم أيضاً كما ذكر في المادة (٩٧٤) أما السفيه فوليه الحاكم فقط، يعني إنما يحجر على السفيه الحاكم فقط. والحاكم هو الذي يفك عنه الحجـر عند اللزوم وإذا اقتضى إجازة تصرفات السفيه المحجور القولية فالقاضي هو الذي يجيزها أو من ينصبه القاضي ويأذنه بذلك (عبد الحليم).

وليس لأبيه وجده وأوصيائه عليه حق ولاية، لأن الولاية تثبت في حق العاجز، أما السفيه فهو قادر. ومنع التصرف مع القدرة هو للتأديب، وولاية التأديب عائدة إلى القاضي (الشبلي). ولأنه بعد البلوغ تنقطع ولاية الولي (الطوري).

وعليه فلو باع السفيه المحجور مالاً له لا ينفذ بيعه، كما ذكر في المادة (٩٩٣)، وللحاكم أن يجيزه إذا رأى فيه منفعة (الهداية) أما وصي لسفيه فإذا تصرف في ماله فلا يصح.

(٢) تصح وصايا السفيه المحجور التي توافق الحق والشرع، وتكون من قبيل القربة، مع أن وصايا الصبي المميز باطلة.

(٣) يصح نكاح السفيه المحجور وطلاقه، مع أن نكاح الصبي وطلاقه غير صحيحين. وبما أن الأوجه الثلاثة الأخرى لا تدخل في بحثنا فقد صرفنا النظر عنها.

قيل هنا «المعاملات» لأن السفيه كالبالغ الرشيد في وجوب العبادات وفي غيرها كالطلاق والنكاح وفي العقوبات أيضاً كالحدود والقصاص كما مر آنفاً (الكفاية).

وعليه فيجوز تزوج السفيه المحجور بامرأة مع تسميته مهر معين، فإذا كان المهر المسمى مهر المثل أو أنقص من مهر المثل فبها، وإذا زاد فالزيادة باطلة.

وإذا طلق المحجور بالسفه زوجته قبل الدخول لزمه نصف المهر المسمى، وكذلك الحكم فيما لو تزوج أربع نسوة، لأنه لما كانت حياة الإنسان بعد وفاته إنما تكون ببقاء الأولاد، فالنكاح من الحوائج الأصلية للإنسان أي كالطعام.

والمرأة المحجورة بما أنها كالرجل المحجور، فتزويج المرأة المحجورة نفسها من رجل كفؤ بمهر المثل جائزة «الهداية والهندية في الباب الثاني».

ولو تزوجت امرأة سفيهة من رجل كفؤ بمهر مثلها أو بأقل مما يتغابن فيه جاز، لأن النكاح يصح مع الحجر، وإن كان المهر أقل من مهر مثلها بما لا يتغابن فيه، فإن كان لم يدخل بها يقال له إن شئت الدخول بها فتمم لها مهر مثلها، وإلا يفرق بينكما، وإن كان قد دخل بها فعليه أن يتمم لها مهر مثلها، فإن كان زوجها محجوراً مثلها وسمي أكثر من مهر مثلها بطل الفضل، وإن كان أقل خوطب بالإتمام أو الفرقة.

أما إذا تزوجت بغير كفؤ فللقاضي أن يفرق بينهما لأنها أدخلت الشين على أوليائها، فينفسخ النكاح لأجلهم (الجوهرة).

كذلك لو تخالعت امرأة سفيهة مع زوجها على مال معين وقع الخلع طلاقاً رجعياً ولا يلزم المال **(الطوري)**.

كذلك لو أقر السفيه المحجور بأمر يوجب القصاص في نفسه أو أطرافه يكون ذلك صحيحاً ونافذاً، كما ان له الإنفاق، كما هو مذكور في المادة (٩٩٢)، وتنفذ وصيته لجهة القربة من ثلث ماله (الدر المختار ورد المحتار).

﴿مادة ٩٩١﴾ - (تصرفات السفيه القولية بعد الحجر في المعاملات غير صحيحة ولكن تصرفاته قبل الحجر نافذة كتصرفات سائر الناس).

تصرفات السفيه القولية المتعلقة بالمعاملات غير صحيحة كما هو مذكور في المادة «٩٩٠» أما قبل الحجر فتصرفاته كتصرفات سائر الناس.

هذه المادة مشتملة على فقرتين حكميتين:

الأولى، أنه لا تصح تصرفات السفيه القولية التي تتعلق بالمعاملات بعد الحجر، وهذه الفقرة تستفاد من المادة (٩٩٠) والتصرفات القولية هي كالبيع والشراء والإقرار واشباهها (العناية) وسبب قوله في هذه المادة «المتعلقة بالمعاملات» هو كما ذكر في شرح المادة الآنفة، وعلة تقييد التصرفات (بالقولية) هو لزوم الضمان في التصرفات الفعلية، أي ضمان ما نشأ عن فعله من الخسارة والأضرار، كما هو مذكور في المادة (٩٦٠).

والتصرفات القولية هي مثل امرأة مسرفة سفيهة طلقها زوجها على مال وقبلت، وقع الطلاق

رجعياً ولا يلزمها المال أصلاً، لأن السفيه محجور عن المال (الطوري).

الثانية، كون تصرفاته التي قبل الحجر صحيحة، وهذا الحكم مبني على مذهب الإمام ابي يوسف المذكور في شرح المادة (٩٥٨). أما عند الإمام محمد فبما أن السفيه ينحجر بمجرد سفهه، فتصرفاته القولية بعد السفه غير صحيحة وإن كانت قبل الحجر «الهندية في الباب الثاني».

﴿مادة ٩٩٢﴾ - (ينفق على السفيه المحجور وعلى من لزمته نفقتهم من ماله)

السفيه مساو لغير السفيه في الشيء الذي يثبت إيجاب آلهي، أو الذي يثبت أنه حق للناس، لأنه مخاطب به فالذي يجب بالإيجاب الآلهي هو الزكاة وحجة الإسلام وما يماثل ذلك، أما ما يجب على أنه حق للناس فهو كنفقة ذوي الإرحام.

وعليه فينفق على السفيه المحجور وعلى من تلزمه نفقتهم شرعاً كالزوجة والأولاد وذوي الارحام من ماله لأن الحياة زوجه وأولاده من حوائجه الأصلية. ونفقة ذوي الارحام واجبة لحق القرابة، والسفه لا يبطل حقوق الناس. فلذلك تلزم النفقات المذكورة من ماله على الوجه المذكور (الزيلعي).

وإذا مرض السفيه يزاد في نفقته لزيادة الحاجة في أوقات المرض (الطوري).

وبما أنه لا يصدق اقرار السفيه بالنسب فالقريب الذي يدعى النفقة مجبر على اثبات جهة قرابته بالبينة إلا أنه إذا كان السفيه المقر بالنسب رجلاً فيصدق اقراره بالنسب في أربعة مواضع فقط: بالوالد، والولد، والزوجة، ومولى العتاقة، لأن المقر إذا لم يكن سفيهاً وكان مصلحاً يصدق في هـذه الأربعة مواضع فقط ولا يصدق في ما عدا ذلك لأنه تحميل النسب على الغير، فلا يصدق السفيه أيضاً في ذلك. يعني أن السفيه والمصلح في هذا متساويان ويقبل اقراره بالزوجة لأنه لو ابتدأ التزويج يصح فكذا يجوز أن يقربه (الجوهرة) وإذا كانت المقرة سفيهة تصدق في ثلاثة أشياء فقط: بالوالد، والزوج، ومولى العتاقة. أما في الولد فلا تصدق. لأن فيه تحميل النسب على الغير. ويلزم أن يثبت بالبينة كون مستحق النفقة معسراً أي محتاجاً للنفقة. حتى تقدر النفقة من مال السفيه. ولا تقدر النفقة بإقرار السفيه على كون مدعي النفقة معسراً (الشبلي) لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه وهو قرار غير موجب للإلزام (العناية) أما صورة الإنفاق والصرف، فلا يسلم القاضي السفيه بل يدفعها بنفسه أو بواسطة أمينه إلى محتاجي النفقة ويسلمها اليهم، لأن الإنفاق ليس عبادة، فلا يحتاج إلى بينة، وهذا بخلاف ما إذا حلف لو نذر له ظاهر، حيث لا يلزمه المال، فيكفر عن يمينه وظهاره بالصوم لأنهما وجبا بفعله، فلو فتحنا هذا الباب لبذر أمواله بهذه الطريق (الجوهرة).

صورة أداء زكاة المحجور: إن الزكاة الواجبة على المحجور يفرزها القاضي من ماله. أي مال المحجور، ويسلمها إليه ليعطيها المحجور إلى مصرف الزكاة، لأن الزكاة من العبادلت التي تلزم فيها النيه (رد المحتار) ويرسل معه أمينه حتى لا يصرفها في مكان آخر (الهندية) في الباب الثاني).

صورة حج المحجور: إذا أراد السفيه أن يحج حجة الإسلام فلا يمنع القاضي النفقات التي يحتاجها السفيه إلى حاج ثقة أمين تصرف عن يده حتى لا يبذرها ويسرف فيها.

وقف المحجور بالسفه: إذا وقف السفيه مالاً كان باطلاً أما إذا وقف باذن القاضي فعند الإمام البلخي يصح. بخلاف الإمام أبي القاسم فعنده لا يصح أيضاً (رد المحتار، والهندية في الباب الثاني).

وصية المحجور: إذا أوصى المحجور بالسفه وصية، كوصية أهل الخير والصلاح، كانت جائزة، وذلك كالوصية للمساكين والفقراء والحج وما إلى ذلك من وجوه الخير لأن الوصية تجب بعد الاستغناء عن المال في أمور الدنيا ومصلحة المحجور تقضي بإنفاذ وصيته لا يمنعها (العناية) وتنفذ هذه الوصية من ثلث ماله، وإذا كانت مخالفة لوصية أهل الخير والصلاح فلا تنفذ، وذلك كالوصية لغير القربة (الهندية).

﴿مادة ٩٩٣﴾ - (إذا باع السفيه المحجور شيئاً من أمواله لا يكون بيعه نافذاً ولكن إذا رأى الحاكم فيه منفعة يجيزه)

إن تصرفات السفيه المحجور القولية موقوفة على إجازة الحاكم فإذا باع السفيه شيئاً من أمواله لا يكون بيعه نافذاً، ولكن إذا رأى الحاكم فيه منفعة يجيزه يعني إذا كان الثمن قائماً في يد السفيه وفيه ربح أو مثل القيمة، فأما إذا ضاع الثمن في يد السفيه فلا يجيزه (الجوهرة).

وتوجد المنفعة حيث يكون الربح في المال الذي يبيعه السفيه، والمحاباة في المال الذي يشتريه، يعني بأن يشتريه رخيصاً «الهندية في الباب الثاني».

وفي هذه المادة حكمان:

أولهما، إذا باع السفيه المحجور ماله كان بيعه غير نافذ وبما أن هذا الحكم قد مر في المادة «٩٩١» فليس ذكره هنا مقصوداً بالذات.

ثانيهما، إذا باع السفيه المحجور ماله ورأى الحاكم منفعة يجيزه، والمقصود من هذه المادة هو هذه الفقرة وإذا باع السفيه بقيمة المثل أو بأكثر، أو كان لا يزال ثمن المبيع موجوداً في يده فيجيز الحاكم البيع ويأخذ ثمن المبيع من يد السفيه. أما إذا كان بأنقص من قيمة المثل أو لم يكن ثمن المبيع في يد السفيه بأن تلف، فلا يجيزه، لأنه إذا أجاز البيع والثمن قد تلف في يد السفيه، فذلك يكون كادخال للمبيع في ملك المشتري بلا بدل (العناية والجوهرة).

والسبب في جواز إجازة القاضي هو أن ركن التصرف، وهو الإيجاب والقبول، قد وجد ووجوده يوجب نفاذ التصرف، وجعله موقوفاً إنما كان لفائدة السفيه ولما كان مأموراً بتحري منفعة السفيه فلذلك إذا وجد القاضي تلك المنفعة فله أن يجيزه، (الهداية) والحكم في بيع الصبي المحجور أيضاً على هذا الوجه، كما فصل في شرح المادة (٩٦٧).

ويفهم من ذكر عدم نفاذ البيع بصورة مطلقة في هذه المادة أن البيع لا ينفذ ولو كان بالقيمة الحقيقية أو بأزيد من بدل المثل «مجمع الأنهر».

وإذا أجاز القاضي بيع السفيه المحجور المذكور فهذه الإجازة تشتمل على الإجازة للسفيه المحجور

بقبض الثمن أيضاً. للمحجور بعد ذلك قبض الثمن ولذلك يبرأ المشتري إذا أعطى السفيه المرقوم ثمن المبيع.

واللائق بالقاضي إذا أجاز البيع في هذه الحالة أن يمنع المشتري من تسليم ثمن المبيع للسفيه، فعلى ذلك إذا أجاز القاضي بيع السفيه ومنع المشتري من تسليم ثمن المبيع للسفيه، وأخبر المشتري بهذا المنع فدفع المشتري الثمن رغماً عن ذلك، فيكون المشتري ضامناً للثمن ويجب عليه أن يدفعه ثانياً للقاضي.

ويثبت حكم النهي في حق المشتري بإخبار واحد، يعني لو أخبر شخص واحد المشتري بنهي الحاكم فليس للمشتري أن يعطي المحجور ثمن المبيع، لأن الحاكم إذا نهى على هذا الوجه صار حق القبض للقاضي، وأصبح المحجور كالأجنبي (رد المحتار) والواحد المذكور سواء أكان عدلاً أم غير عدل وأما قياساً على قول الإمام الأعظم فيشترط في المخبر الواحد العدالة وإذا كان المخبر اثنين كما هو نصاب الشهادة فلا تشترط العدالة.

لكن لو أعطى المشتري ثمن المبيع للسفيه قبل علمه بمنع الحاكم يبرأ من الثمن وقد جاء في (الطوري) أنه إذا قال الحاكم للمشتري أجزت بيعه، ونهى المشتري عن الدفع إليه، فدفع قبل العلم برئ، وبعد العلم لا يبرأ كالوكيل.

ويفهم من قيد المجلة (إذا رأى منفعة) أنه إذا لم تكن المنفعة موجودة فلا يجيز العقد ويبطله ويسترد المبيع من المشتري، أنظر المادة (٥٨)، فعليه لو باع السفيه ماله بمحاباة يبطل الحاكم البيع ويسترد المبيع وفي هذه الحال إذا لم يعط المشتري ثمن المبيع للسفيه بعد فلا يلزمه اعطاؤه. وإذا اعطاه اياه، وكان موجوداً في يده عيناً، فيرد إلى المشتري. فإذا استهلك الثمن ينظر إذا لم يجزه الحاكم سواء أكان البيع بطريق المحاباة أم لم يكن فإذا صرف السفيه المذكور الثمن المأخوذ في أموره التي يحتاج إليها. يعني كأن يصرفه في نفقته المثلية أو زكاته أو في اداء فرض الحج ضمن الحاكم للمشتري ذلك الثمن من مال السفيه، أما إذا صرفه في وجوه الفساد فلا يضمن الحاكم ذلك من مال السفيه عند محمد. كما يستفاد من المادة (٩٦٦) (الهندية في الباب الثاني).

اختلاف المحجور والمشتري: إذا اختلف المحجور بالسفه والمشتري فقال المشتري انه اشترى المال في حال الصلاح وقبل الحجر وادعى المحجور بالسفه أن الشراء وقع في حال حجره. فالقول للمحجور وإذا أقام كل منهما البينة رجحت البينة على صحة البيع، أي بينة الشراء قبل الحجر، لأن من القواعد أنه عند تعرض بينتي الصحة والفساد تقدم بينة الصحة، وعند الانفراد تقدم بينة المثبت (الطحطاوي قبيل فصل بلوغ الغلام).

أما لو ادعى المشتري، بعد فك الحجر عن المحجور بالسفه، الشراء بعد الفك، وادعى المحجور الشراء قبل الفك، فالقول للمشتري، أنظر المادة (١١) (الهندية في الباب الثاني).

قبول المحجور بالسفه الوديعة:

لو أودع المحجور بالسفه مالاً له وأقر باستهلاكه اياه فلا يصدق. ثم إذا فك الحجر عنه بعد

ذلك لصيرورته مصلحاً يسأل عن الوديعة المذكورة، فإذا أقر باستهلاكها في حال حجره فلا يلزمه شيء. أما لو أقر باستهلاكها في حال صلاحه وبعد الفك فيضمن. كذلك لو استهلك المحجور بالسفه المال الذي أعطي إليه وديعة في حال حجره، بمحضر من الشهود، فلا يلزم ضمان لا في الحال ولا بعد أن يكون مصلحاً (الهندية).

﴿مادة ٩٩٤﴾ - (لا يصح إقرار السفيه المحجور بدين لآخر مطلقاً يعني ليس لإقراره تأثير في حق أمواله الموجودة وقت الحجر والحادثة بعده)

يصح الحجر في كل تصرف لا يصح بالهزل والإكراه وفي كل تصرف محتمل للفسخ أيضاً كالبيع والإجارة، والهبة والصدقة (الهندية) كما ذكر في شرح المادة (٩٩٠)، وسيوضح في شرح المادة (١٠٠٦) أيضاً.

وعليه فلا يفتح اقرار السفيه المحجور لآخر بدين أو بعين مطلقاً. يعني يكون اقراره باطلاً أساساً وغير معتبر لأن الإقرار من التصرفات القولية، وتصرفاته القولية ليست صحيحة بمقتضى المادة (٩٩١).

الاختلاف في وقت الإقرار.

فلو قال المحجور بالسفه، بعد أن فك الحجر عنه لصلاحه، إنني أقررت في حال حجري بإنني استهلكت مال فلان. وقال المقر له، أي صاحب المال. انك أقررت في حال صلاحك. واختلفوا على هذا الوجه فالقول للمقر. لأن المقر بما أنه يضيف اقراره إلى حالة معهودة تنافي صحة الإقرار فهو منكر في الواقع ونفس الأمر، وليس بمقر. كذلك لو اختلفا، فقال المقر له للمقر: انك وإن أقررت في حال الحجر والفساد إلا أن اقرارك حق وصحيح، وقال المقر: إن اقراري غير حق وغير صحيح، فالقول للمقر، ولو أقر لرجل بمال ثم صلح بأن صار أهلاً، وقال اقررت به باطلاً لم يلزمه، وإن قال كان حقاً يلزمه، وإن قال كان باطلاً ولم يوجد منه اقرار بعد الصلاح، فلا يلزمه (رد المحتار، الطوري).

ووصف السفيه في هذه المادة «بالمحجور» مبني على مذهب الإمام أبي يوسف، أما عند الإمام محمد **فإن السفيه ينحجر بمجرد طروء السفه عليه، وعلى ذلك فلا يكون اقراره صحيحاً، ولو لم يكن قد حجر من طرف الحاكم وقد ذكر ذلك في شرح المادة (٩٥٨).**

ويفسر قول المجلة (مطلقاً) بأنه ليس لاقراره تأثير في حق امواله الموجودة وقت الحجر والحادثة بعده. يعني أن الحجر على السفيه يعم جميع أمواله، أما الحجر على المدين فينحصر في ماله الموجود، كما هو مذكور في المادة (١٠٠١)، أنظر المادة (٩٥٩) ويفسر هنا لفظ (مطلقاً) بالتفسير الآتي أيضاً وهو أنه لا يؤاخذ السفيه المحجور بما أقر به أثناء حجره، كما لا يؤاخذ به بعد زوال الحجر، أنظر المادة (١٠٠١) وشرحها (الهندية في الباب الثاني، ورد المحتار).

وحكم هذه المادة يستفاد من المادة (٩٩١) بقولها (لا تعتبر تصرفات السفيه المحجور القولية) لأن الإقرار من التصرفات القولية، وإنما قد بحث هنا في الإقرار على حدة.

﴿مادة ٩٩٥﴾ - (حقوق الناس التي على المحجور تؤدى من ماله)

لأن السفه لا يبطل حقوق الناس، وقسم من المادة (٩٩٢) فرع لهذه المادة. لكن يلزم أن تكون هذه الحقوق ثابتة بالبينة. ولا تثبت الحقوق بإقرار السفيه، لأنه لا حكم لاقراره كما قد بين في شرح المادة (٩٩٢).

مثلاً إذا كان على السفيه دين مال اشتراه قبل الحجر، فتلزم تأديته من مال، كما أنه إذا تلف بعد الحجر مال أحد، فيلزم بمقتضى المادة (٩٦٠) إيفاؤه من ماله أيضاً (منلا مسكين).

﴿مادة ٩٩٦﴾ - (إذا استقرض السفيه المحجور دراهم وصرفها في نفقته فإن كان صرفه اياها بالقدر المعروف أداها الحاكم من ماله وإن كان الصرف زائداً عن القدر المعروف يؤدى مقدار نفقته ويبطل الزائد عنها)

هذا إذا استقرض النفقة ولم ينفق عليه القاضي في تلك المدة أنظر المادة الآنفة. لأنه لما كان السفيه يحتاج إلى نفقة في الأصل بلا يعد هذا الصرف اسرافاً وسفهاً وإن كان صرفه زائداً عن القدر المعروف يؤدى مقدار نفقة السفيه من ماله، ويبطل الزائد عنها ولا تؤخذ تلك الزيادة من مال السفيه في وقت من الأوقات (الهندية في الباب الثاني) لأن هذه الزيادة اسراف.

ويفهم من هذه الإيضاحات أن السفيه إذا لم يصرف ما اقترضه من مال في نفقته بل صرفه في الملاهي والملذات كأن اعطاه للمغنين والعازفين فللحاكم أن يبطله كله.

إن السفيه المحجور وإن يكن مؤاخذاً على أفعاله، وعمله هذا فعل موجب للضمان، كما ذكر في المادة (٩٦٠) إلا أنه لما كان من عادة السفيه تضييع الأموال، فباقراض المقرض للسفيه المال وتسليمه اياه مع علمه بحال السفيه يكون ذلك من المقرض رضاء بالإتلاف فلذلك ليس له حق تضمين ماله (تكملة رد المحتار في الوديعة) كما قد صار إيضاحه في المادة (٩٦٠) المذكورة.

ولو قال الرجل بعد الصلاح اقرضتني في حال فسادي، وقال الآخر بل في حال صلاحك واستهلكتها فالقول قول رب المال، إلا أن يقيم المحجور البينة على ذلك (الطوري) أنظر المادة (١١).

﴿مادة ٩٩٧﴾ - (عند صلاح حال المحجور يفك حجره من قبل الحاكم).

إذا كسب السفيه المحجور صلاحاً ارتفع عنه الحجر. يعني لا يزول الحجر بمجرد كسبه صلاحاً ورشداً. وإنما يفك حجره من قبل الحاكم منجزاً أو معلقاً إذا تبين في حضور الحاكم كسب الصلاح لأنه بمقتضى المادة (٢٢) إذا زال المانع عاد الممنوع، وعليه فلا تنفذ تصرفات السفيه القولية بعد الحجر إذا اكتسب صلاحاً ولم يفك الحجر عنه بمقتضى المادتين (٩٩٠، ٩٩١). وفك الحجر كما

يجوز أن يكون منجزاً يجوز أيضاً أن يكون معلقاً. وعليه لو قال القاضي للسفيه إنني أطلقتك إذا اكتسبت صلاحاً. كان ذلك جائزاً. لأن الاذن والإطلاق مسقطان للحجر. وتعليق الإسقاط بالشرط جائز (الطوري) والاذن بالعقود المكررة فك للحجر فلذلك لو أعطى القاضي السفيه بعد أن حجره اذناً ببيع شيء أو شرائه بنفسه وباع السفيه أو اشترى جاز وفك الحجر. أما لو أمر القاضي السفيه ببيع مال معين فليس ذلك فكاً للحجر (الهندية في الباب الثاني).

وهذه المادة مقابلة للمادة (٩٥٨). فقد جاء فيها (يحجر السفيه بحجر الحاكم) كما جاء في هذه المادة «لا ينفك الحجر بنفسه إذا كسب السفيه صلاحاً».

إن هذه المادة مبنية على مذهب الإمام أبي يوسف كما مر إيضاحه في شرح المادة (٩٥٨). أما عند الإمام محمد فيحجر السفيه بمجرد السفه فإذا كسب السفيه المحجور صلاحاً انفك عنه الحجر بدون حاجة إلى فك الحاكم لحجره.

الفرق بين السفيه المحجور والمدين المحجور:

١ ـ إن فك الحجر عن السفيه المحجور يجب أن يكون من طرف القاضي. أما المدين المحجور فليس كذلك. كما ذكر في المادة (٩٦١). إذ أن المدين المحجور إذا أدى دين الدائن الذي حجر من أجله، أو أبرأه ذلك الدائن من الدائن ارتفع الحجر عنه.

٢ ـ اقرار المحجور بالدين معتبر بعد زوال الحجر. وكذلك اقراره بالأموال التي اكتسبها في وقت حجر معتبر أما إقرار السفيه المحجور في حال حجره أو بعد زوال حجره فغير معتبر سواء أكان اقراره في حق المال الموجود أم حق المال الحادث (الطوري).

صورة الدعوى:

لو طلب السفيه المحجور فك حجره لكونه كسب صلاحاً وأنكر خصمه ذلك وادعى بقاء السفه فأيهما أقام البينة قبلت منه. وإذا أقام البينة كلاهما رجحت بينة بقاء السفه كما ذهب إليه صاحب الأشباه إلا أن صاحب الذخيرة قد جزم بترجيح بينة زوال السفه. لأنها تثبت أمراً لم يكن ثابتاً. ولأنها تثبت خلاف الظاهر إذ الظاهر إبقاء ما كان. فكانت بينة الرشد أكثر اثباتاً والبينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر هذا إذا كان بعد الحجر. وأما إذا كان قبل الحجر فالظاهر الرشد وبينة السفه تثبت خلافه والبينة بينة من يثبت خلاف الظاهر (الطحطاوي بتغيير ما، ورد المحتار).

الفصل الرابع

في المدين المحجور

والدين أيضاً عند الإمامين من اسباب الحجر لكن يشترط في هذا طلب الغرماء وعلم المدين بالحجر عليه (العناية، الطوري) أنظر المادة (٩٩٩).

﴿مادة ٩٩٨﴾ - (لو ظهر عند الحاكم مماطلة المدين في اداء دينه حال كونه مقتدراً أو طلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله وإذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه فيبدأ بما بيعه أهون في حق الدين بتقديم النقود أولاً فإن لم تف فالعروض فإن لم تف العروض أيضاً فالعقار)

حتى لا يضر بالدائن بإخراجه ماله من ملكه ظاهراً بوجه من الوجوه كالبيع والإقرار مواضعة مثلاً (الهداية) ويلزم على كل حال وإن لم يذكر في المجلة، في حجر المدين طلب الدائن ذلك وليس للحاكم حجر المدين بلا طلب.

الإشهاد على الحجر: يشهد الحاكم شهوداً على حجره المدين على هذا الوجه لأجل الدين يعني أنه يقول للشهود قد حجرت على هذا الرجل أو على فلان بن فلان للدين الذي عليه لفلان. والإشهاد وإن لم يكن شرطاً في صحة الحجر إلا إنه يجب الإشهاد لما يحتاج إليه من الإثبات عند مس الحاجة (الهندية في الباب الثالث) وجاء في الخانية: فإن القاضي يحجر عليه ويشهد على حجره فيقول اشهدوا إني قد حجرت على هذا أو على فلان بن فلان إن كان ذلك الرجل غائباً لأجل دين فلان ويمنع عنه ماله ويبيع ماله إذا سأله غريمه.

شروط الحجر:

١ - طلب الدائنين في حجر المدين شرط.

٢ - كون الدين الذي سيحجر لأجله مثبتاً. وكما يجوز الحجر لأجل الديون المحكوم بها على المدين يجوز الحجر أيضاً إذا اختفى المدين وأثبت الدائنون ديونهم عليه في مواجهة وكيله المسخر (الهندية في الباب الثالث وإلا فلا يجوز الحجر على المدين بمجرد إدعاء الدائنين لأنه إنما يحجره بعد الحكم لا قبله (الخانية).

قوله في المجلة «إذا كان المدين مقتدراً» ليس بقيد احترازي لأنه كما يجوز الحجر على المدين إذا

امتنع عن أداء الدين وهو مقتدر يجوز الحجر عليه إذا كان غير مقتدر أي مفلساً وامتنع عن وفاء الدين كما سيذكر في المادة الآتية، وهذا الحجر يؤثر على التصرفات الواردة في المادة (١٠٠٢) الهداية.

تجري الأمور بعد الحجر على الترتيب الآتي.

١ ـ إذا امتنع عن بيع ماله ووفاء الدين منه «ولو كان المال عقاراً والثمن قليلاً» يجبر على ذلك بحبسه[1] لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه فيحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضي منابه «نتائج الأفكار» ولأن قضاء الدين واجب على المدين والمماطلة ظلم فيحبس الحاكم المدين لدفع ظلمه ولإيصال الحق إلى مستحقه وهذا الجبر لا يعد إكراهاً على البيع «الطحطاوي» لأن الجبر المذكور يحق. أنظر شرح المادة (٩٤٨) والحبس ثابت بالكتاب والسنة والإجماع. فقد جاء في الكتاب الآية الكريمة ﴿أو ينفوا من الأرض...﴾ أي يحبسوا لأن نفيهم من جميع الأرض لا يتصور وفي السنة قد حبس الرسول الأكرم صلوات الله عليه رجلا.

وفي الإجماع، فقد أنشأ علي رضي الله عنه محبساً في الكوفة وأسماه (النافع) ثم اسماه (محبساً) لإنشائه اياه مستحكماً لعدم فرار المحبوسين منه. وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ولم يخالف منهم أحد. والمحبس بفتح الباء وكسرها معناه المذلل يقال حبسه اذله (الجوهرة) ويفهم من ذكر لفظ المال في هذه الفقرة مطلقاً أنه لا فرق بين أن يكون عند الدائن أو مأجوراً أو مستعاراً أي أنه شامل لكل ملك له أنظر المادة (٦٤) (رد المحتار).

ويستفاد من تعبير المجلة (وإذا امتنع) الإجبار وإن لم يأت فيها اجبار المدين على بيع ماله صراحة. وفي النوادر «وإذا حبس في الدين ينبغي للقاضي أن يشهد أنه قد حجر عليه في ماله حتى يقضي ديونه التي حبس لأجلها» (الطوري).

وعليه لو امتنع الدين بعد اجباره عن بيعه ماله وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه ولأن بيع المال لوفاء الدين مستحق عليه ولازم والمماطلة ظلم ولذا ينوب الحاكم مناب المدين في حال اجباره على وفاء الدين بالحبس وإصراره على الامتناع كما في الجب والعنة (الهداية) والأصل أن من امتنع عن إيفاء حق مستحق عليه وهو مما تجري فيه النيابة ناب القاضي منابه (مجمع الأنهر).

وقد أريد بتغيير (ماله) في المجلة الاحتراز عما يعهد إليه به من الجهات والتعيينات كالقيمية والمؤذنين فلا يجبر المدين إذا كان في عهدته أشياء كهذه على الفراغ بها لأجل الدين لأنه لم تكن هذه الأشياء ماله فلا يتعلق حق الغرماء بها (رد المحتار بإيضاح). لكن التعبير المذكور لم يقصد به الاحتراز عن المستغلات الوقفية التي يتصرف فيها بالإجارتين والأراضي الأميرية. لأن الإجبار على الفراغ بها لآخر لأجل الدين مما نص عليه الأمر السلطاني.

(١) لكن بالنظر إلى الأحوال الحاضرة لا يجبر بالحبس على بيعه وإنما إذا لم يؤد المدين ما عليه من الدين يخطره لأن يبيع المال الفلاني ويوفي منه الدين فإن لم يفعل يبيعه الحاكم بالمزايدة. (المعرب)

ولا يمتاز الحاجر عن غيره يعني لا يوجد للدائنين الحاجرين امتياز في أموال المدين الموجودة حين الحجر فلكل دائن أن يشترك في ثمن المبيع بمقدار ماله من الدين الثابت وجوده بالشهادة حتى ليس للمحجور أن يؤدي لبعض الدائنين ديونهم كاملة برضاه ويحرم الآخرين وعليه فلو أعطى المدين المحجور دائناً دينه كاملاً فيجبر ذلك الدائن على رد ما يزيد عما يلحقه من الدين غرامة باقي الغرماء (الهندية في الباب الثالث).

وهذه المادة مبنية على مذهب الإمامين. أما عند الإمام الأعظم فليس للحاكم أن يبيع مال المدين وإنما يجبر المدين على بيعه إجباراً ويضيق عليه بالحبس. لأن المشار إليه لا يجوز الحجر أيضاً لأجل الدين

فيبدأ بما بيعه أهون في حق المدين بتقديم النقود أولاً فإن لم تف فالعروض فإن لم تف العروض أيضاً فالعقار. لأن البيع على هذه الصورة تحصل به المسارعة إلى وفاء الدين مع مراعاة جانب المدين وهذا نافع للمدين والغرماء معاً (الهندية). حاصله أن القاضي ينصب ناظراً فينبغي أن ينظر للمدين كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له (العناية) وإن كان بعض العروض يكفي فيلزم أن يبدأ بالعروض التي يخشى عليها التلف وتباع العروض الأخرى في حال عدم كفاية تلك العروض ومن ثم ينتهي إلى العقار (مجمع الأنهر، رد المحتار) ويبدأ القاضي ببيع النقود لأنها معدة للسلب ولا ينتفع بها فيكون بيعها أهون على المدين فإن فصل شيء من الدين باع العروض لأنها قد تعد للتقلب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر في بيعها فإن لم يف ثمنها باع العقار لأن العقار يعد للاقتناء فيلحقه، ضرر في بيعه فلا يبيعه إلا عند الضرورة (التنقيح).

فقوله «يبدأ بالنقود» معناه أنه يبدأ بيع النقود، لأنه يوجد في صدر الكلام عبارة «يبدأ بالأهون» ويكون بيع النقود على الوجه الآتي: فإذا كان دين الدائن ذهباً والموجود عند المدين من النقود فضة تبدل الفضة بذهب وكذا لو كان الدين فضة والموجود ذهباً فيبدل الذهب بفضة ويؤدي الدين على هذه الصورة (رد المحتار، الهداية).

أما إذا كان الدين ذهباً ومال المدين ذهباً أيضاً فلا حاجة إلى البيع فيوفي الحاكم الدين منه بلا أمر المدين كذلك لو كان الدين فضة ونقد المدين فضة أيضاً فللحاكم أيضاً أن يوفي الدين منه بلا أمر المدين وهذه المعاملة صحيحة بالإجماع. لأن الدائن إذا ظفر بمال للمدين من جنس دينه على هذا الوجه فله الحق في أخذه منه بدون رضا المدين وللحاكم أن يعينه في استيفاء ذلك الحق (الهداية).

وبيع النقود أخف وأهون من بيع غيرها كما يستفاد من المجلة ووجه الأخفية هو امكان الانتفاع بعينها فقد أعدت للسلب (التنقيح).

والمقصود من المدين هنا المدين الحاضر. أما إذا كان المدين غائباً فحينئذ لا تباع عروضه وعقاراته لأن ذلك يستلزم القضاء على الغائب «أبو السعود».

﴿مادة ٩٩٩﴾ - (المدين المفلس أي الذي دينه مساو لماله أو أزيد إذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة أو أن يخفيه أو يجعله باسم غيره وراجعوا الحاكم على

حجره عن التصرف في ماله أو اقراره بدين الآخر حجره الحاكم وباع أمواله وقسمها بين الغرماء إلا أنه يترك له ثوباً أو ثوبين من ثيابه وإن كان للمدين ثياب ثمينة وأمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة تليق بحاله وأعطى باقيها للغرماء أيضاً وكذلك إن كان له دار وأمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى من ثمنها داراً مناسبة لحال المدين وأعطى باقيها للغرماء)

المدين المفلس: أفلس الرجل كأنه صار إلى حال ليس له فلوس وبعضهم يقول صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم فهو مفلس والجمع مفاليس وصنعته الانتقال من حال اليسر إلى حال العسر (الطحطاوي) أي هو الذي دينه مساو لماله أو كان دينه أزيد إذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة، أو أن يخفيه وكيف يصير إخفاء المال؟ ولعل الفقرة التي بعد عبارة «أن يخفي ماله» مفسرة العطف الواقع عطف تفسير (الشارح) أو يجعله باسم غيره بوجه كأن يبيع ماله مواضعة أو يقر به وراجعوا الحاكم لأجل حجره عن التصرف في ماله أو اقراره بدين لآخر حجره الحاكم (الكفاية) والمدين إنما يحجر بحجر الحاكم فالإختلاف الجاري في حجر السفيه لا يجري في حجر المدين (الهندية في الباب الثاني).

وقد قصرت المجلة المسألة بقولها (الذي دينه . . . الخ) على المفلس الحقيقي والحال أن حكم هذه المادة ليس مقصوراً على المفلس الحقيقي بل يعم المفلس حقيقة وغير المفلس حقيقة يعني كأن يدعي الإفلاس وهو غني ويمتنع عن تأدية ما عليه بداعي أنه ليس عنده نقود، ولا ريب أن حال من يدعي الإفلاس ويمتنع عن إداء الدين وهو غني كحال المفلس الحقيقي. وقد جاء في فتح القدير: وليس المراد بالمفلس ههنا معناه الحقيقي بل المراد به أما من يدعي الإفلاس - فيتناول الغني أيضاً، إذ الظاهر أن المدين الذي لا يؤدي دينه يدَّعي الإفلاس وإن كان غنياً في نفسه - أما من حاله حال المفلس، ولا شك أن الغني الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم إداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسألة بمن هو مفلس حقيقة.

ولعل الوجه في تخصيص المجلة تلك المسألة بالمفلس الحقيقي هو ذكر حكم من يدعي الإفلاس وهو غير مفلس في المادة الآنفة. وإذا حجر الحاكم المدين على هذا الوجه فلا تصح بعدئذ عند الإمامين تصرفاته كالهبة والتصدق أما عند الإمام فلا تأثير للحجر. وتصرفاته تكون صحيحة بعد الحجر أيضاً.

ولم يشترط الحبس في هذا الحجر، يجوز حجر المدين قبل الحبس وبعده (الهندية في الباب الثالث ونتائج الأفكار) وبما أن الإقرار من التصرفات أيضاً فكان من المناسب أن يذكر مع الواو العاطفة كلمة «عن التصرف» كما في الهداية، لا مع الباء لأنه إن قوبل العام بالخاص فيكون حينئذ قد قصد ما عدا الخاص المذكور من العام عطف المباين على المباين، وعليه قوله تعالى ﴿من كان عدو الله وملائكته ورسله وجبريل وميكال﴾ الآية (عبد الحليم).

يبيع الحاكم أو أمينه في الحال جميع أمواله التي ليست بلازمة له ويقسمها بين الغرماء.

وعليه فكما ان له أن يبيع في الصيف كل ما لا يحتاج إليه المدين في هذا الفصل من سجاد وبسط

وكوانين ومدافئ ويوفي الدين من ثمنها فله أن يبيع في الشتاء ما لا يحتاج إليه في هذا الفصل من نطع ومقاعد جلدية يوفي من ثمنها الدين (رد المحتار، الهندية في الباب الثالث). كذلك لو كان للمدين عدة دور فيترك له احداها مسكناً وتباع البقية (أبو السعود).

وإذا كانت ديون المفلس مساوية لماله فيكون قد استوفى كل دائن دينه كاملاً. وإذا كانت ديونه أزيد من ماله فبما أنه لا يمكن إيفاء كل دينه كاملاً فيعطى كل بنسبة دينه ويطلق على ذلك (تقسيم الغرماء). وإذا كانت كل الديون حالة ففي هذه الصورة تقسم بحسب الحصص. أما إذا كان بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً فتقسم على أرباب الديون الحالة ثم بعد ذلك، أي عند حلول أجل الديون المؤجلة، للدائنين أن يراجعوا أصحاب الديون الحالة ويقاسموهم ما أخذوه ويشاركوهم فيه، كل بقدر حصته، لأن الأجل لا يبطل بموت من له الدين وإنما يبطل بموت من عليه الدين (عبد الحليم، الهندية قبيل كتاب المأذون ورد المحتار في آخر كتاب الحجر).

الديون الممتازة: بعض ديون المدين المفلس تكون ممتازة فلا يدخلها أصحابها في الغرماء، وهي:

أولاً، ثمن المبيع. وذلك كما لو اشترى أحد مالاً، لكن قبل إداء الثمن للبائع وقبض المبيع، وأصبح المشتري مفلساً فللبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن، حتى إن المشتري المذكور لو قبض المبيع بلا اذن البائع فللبائع حق بأن يسترد المبيع ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن. لأنه لما كان المشتري في هذه الصورة ظالماً بقبض المبيع وغير محق فلا يعتبر القبض المذكور (الطحطاوي) أنظر المادة (٢٢٧). ولا يدخل البائع في هذه الصورة في تقسيم الغرماء (أبو السعود). أما لو قبض المشتري المبيع بإذن البائع وأفلس بعد ذلك فيدخل حينئذ في تقسيم الغرماء هذا إذا كان ثمن المبيع معجلاً أما إذا كان مؤجلاً فلا يدخل مع الغرماء في الحال بل بعد حلول الأجل يشارك الغرماء بما قبضوه وليس له استرداد المبيع.

ثانياً، الدين الذي في مقابل رهن. وذلك كما لو رهن مدين مالاً له في دين عند آخر قبل الحجر عليه بسبب إفلاسه فبما أن دين المرتهن ممتاز فلا يتدخل الغرماء في الرهن ما لم يؤد هذا الدين.

عهدة البيع: لو باع الحاكم أو أمينه أموال المدين المحجور على هذا الوجه تعود عهدة البيع أي حقوق العقد إلى المدين وليس إلى الحاكم أو أمينه وعليه فلو ضبط المبيع من يد المشتري بالاستحقاق فيرجع المشتري على المدين به أيضاً وليس على الحاكم أو أمينه (منلا مسكين).

ولكن يترك له عند أكثر العلماء أي للمدين دست[1] من الثياب أو دستان عاديان من لباس الليل والنهار (الطحطاوي) وعند بعض العلماء ببيع ما عليه فوق الأزار والسروال، (الخانية). وإذا وجد للمدين دست واحد للنهار ودست آخر ثمين يلبسه في الأعياد وما يماثلها يترك له الأول ويباع الثاني وعن شريح أنه باع العمامة (صرة الفتاوى، الخانية).

(١) الدست من الثياب ما يلبسه الإنسان ويكفيه لتردده في حوائجه والجمع دسوت

يترك له دست أو دستان لأنه يلزم عند بعض الفقهاء أن يترك دست وإذا لم يترك زيادة عن دست واحد فيلزم عند غسله أن يمكث في البيت ملوماً محسوراً. أما عند البعض الآخر من الفقهاء فيلزم أن يترك له دست واحد ويباع الباقي (منلا مسكين، الهندية في الباب الثالث) لأن به كفاية (مجمع الأنهر).

وقول المجلة «يترك له ثوباً» إشارة إلى قول، وقولها «أو ثوبين» إشارة إلى قول آخر.

وعليه فالحاكم مخير إن شاء ترك له دستاً واحداً وإن شاء ترك له دستين وباع الباقي وأدى دينه.

إلا أنه إن كان لذلك المدين ثياب ثمينة وكان يمكن بالنظر إلى شخصيته وحيثيته الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة تليق بحاله وأعطى باقيها للغرماء (رد المحتار) لأن لبس ذلك للتجمل وقضاء الدين فرض عليه (الجوهرة). كذا إذا كان عند المدين كانون نحاس يباع الكانـون المذكور ويشتري له كانون من الطين والزائد يعطى إلى الغرماء (الجوهرة).

كذلك إذا كان للمدين ولو كان يمكن بالنظر إلى أفراد عائلته الاكتفاء بما دونها باعها واشترى من ثمنها داراً مناسبة لحال المدين وأعطى ما يزيد للغرماء. ولا يقال يعطي كامل ثمن الدار إلى الغرماء ويسكن المدين داراً بالاجرة (رد المحتار مالا).

قيل «إذا أمكن الاكتفاء بما دونها» فإما أن يكون ما دونها جسامة.

مثلاً إذا كانت دار المدين كبيرة عليه وزائدة عن حاجته بالنسبة إلى أفراد عائلته فتباع تلك الدار إذا كان في الإمكان بيعها وشراء غيرها بنصف ثمنها مثلاً داراً صغيرة تكفي المدين في جوارها. يعني إعطاء (ما دونها) وهذا المعنى صحيح لا شبهة فيه كذلك مسألة الكانون التي مر ذكرها آنفاً فهي نظير ذلك.

وإما أن يكون ما دونها قيمة وذلك كأن تكون دار المدين في محل معتبر لو بيعت يمكن شراء مثلها في مكان آخر غير معتبر بنصف ثمنها. مثلاً إذا كان للمدين دار في (جفال أو غلي) في ستانبول تكفي لاستيعاب أفراد عائلته فقط وكانت إذا بيعت تساوي ألفي ذهبة ويمكن شراء دار بألف ذهبة في جوار باب أدرنة بعين الجسامة والحج.

وإني وإن لم أجد في الكتب الفقهية كلاماً صريحاً في اعطاء هذا المعنى (لما دونها) أي في جعله شاملاً للمعنيين فلا يرى المعنى الثاني موافقاً للعدالة.

ويفهم من هذه المادة أنه لا يجوز بيع دار مناسبة لحال المدين لأجل الدين ويلزم تركها للمدين. وفي هذا الترك مساعدة خاصة للمدين ذاته، وليس لورثته في حال وفاته - سواء أكانوا صغاراً أم كباراً - أن يقولوا عن دار مورثهم المملوكة أن مسكننا الشرعي لا يباع. لأن الدين لما كان مقدماً على الإرث فلا يجوز ترك مسكن للوارث حتى إذا توفي أحد وتركته مستغرقة للديون فتعود جميع أمواله وعقاراته المملوكة إلى دائنيه ولا يكون لورثته فيها حق ما مطلقاً. وإذا طلب دائنو المفلس حبس المدين لعدم ظهور مال له وادعى المدين أنه مفلس معسر وليس له مال فيحبس لكل دين التزم به بعقد كالمهر المعجل والكفالة. ويحبس في الدراهم وفي أقل منها ويحبس في قليل الدين وكثيره إذا ظهر منه المطل (الجوهرة).

أما إذا كان بدلاً عن مال حصل في يده فلا يصدق على الإعسار لأننا قد عرفنا غناه به فدعواه الإعسار دعوى زوال ما في يده وهو معني حادث فلا يصدق وكذا إذا التزمه بعقد كالمهر المعجل لا يصدق في دعوى الإعسار فيه لأنه يريد بدعواه أن يسقط ما التزمه فلا يقبل «الجوهرة» لكن لو أقام بعد الحبس بينة على كونه لا يوجد لديه مال مطلقاً يخلى سبيله وينتظر وقت يسره وإذا لم يستطع إقامة بينة على عدم وجود المال لديه يخلى سبيله بعد حبسه شهرين أو ثلاثة واجراء التدقيقات في حقه وعدم ظهور مال له وإلا فلا يضرب المحبوس ولا يقيد ولا يؤجر جبراً عنه من أحد ولا يهان أمام دائنه ويجب عليه أن ينظره بباقي دينه لقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ (الطحطاوي) ثم المحبوس في الدين لا يخرج بمجيء شهر رمضان ولا للعيدين ولا للجمعة ولا لصلاة مكتوبة ولا فريضة الحج ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطي كفيلاً بنفسه، وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد وفي غيرهم لا يخرج وعليه الفتوى «الجوهرة» وبعد أن يخرج من الحبس فإذا كان يكسب مالاً فيأخذ الدائنون الزائد عن حاجته ويقتسموه بينهم وإذا لم يرض بذلك يأخذه الحاكم ويقسمه بين الدائنين.

وإذا أقام كل من المدين والطالب البينة: المديون على افلاسه وعسره، والطالب على يساره، ترجح بينة الطالب ولا يشترط بيانه مدار اليسار.

ولا يشترط في بينة الإفلاس حضور المدعي فإذا أثبت المدين إفلاسه في غيابه يخرج أيضاً من الحبس والشهادة على الإفلاس تكون هكذا: إننا نشهد على اننا نعلم بأن فلاناً مفلس معدم ولا نعلم بأن له شيئاً غير ما عليه من الثياب ولباس الليل (الهندية في الباب الثالث).

وقد خصصت الديون التي يجوز حبس المدين فيها بعبارة «كل ديونه . .» لأنه لا يحبس إذا ادعى الفقر في عوض المغصوب وأرش الجناية وما يماثل ذلك من الديون إلا إذا أثبت الطرف الآخر غناه لأن الفقر هو الأصل فمن ادعى الغنى يدعي معنى حادثاً فلا يقبل إلا ببينة «الجوهرة» وإذا كان المدين محجوراً فليس له أن يرجح بعض دائنيه فيؤدي إليهم ديونهم ويحرم البعض الآخر أما إذا كان غير محجور فله ذلك وإنما جاز له إيثار بعض الغرماء لتعلق حقهم بذمته (أبو السعود) ولو كان محبوساً لأجل الدين مثلاً لو كان أحد مديناً لثلاثة أشخاص لأحدهما خمسمائة قرش وللثاني ثلاثمائة قرش. للثالث مائتان وكان ماله عبارة عن خمسمائة قرش فقط وحبس هؤلاء الثلاث معاً متفقين هذا المدين فبما أن للمدين إذا كان حاضراً أن يؤدي ديونه بنفسه فله قضاء تقديم بعضها على بعض لأن للمدين حق التصرف في ملكه الخاص ولا يتعلق به حق غيره فيتصرف فيه على حسب مشيئته وإن كان المدين غائباً الديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص إذ ليس للقاضي تقديم بعضهم على بعض (صرة الفتاوى في الحجر).

﴿المادة ١٠٠٠﴾ - (ينفق على المحجور المفلس وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله)

كزوجة أطفاله وذوي ارحامه (رد المحتار) وحوائج المدين الأصلية مقدمة على حقوق الغرماء وعليه

فكما أن عدم بيع دست واحد من الثياب والمسكن الشرعي للمدين مبني على هذا فلا يبطل بالحجر الحق الثابت شرعاً لمستحق النفقة أيضاً. وبما أن التزوج من الحوائج الأصلية فلو تزوج المحجور بالدين امرأة بمهر المثل تكون المرأة المذكورة شريكة للغرماء في مهر مثلها (الهداية) وقوله «المفلس» في هذه المادة ليس بقيد احترازي فتجري احكام هذه المادة على المدين الذي ليس بمفلس أيضاً (نتائج الأفكار).

﴿المادة ١٠٠١﴾ - (الحجر للدين يؤثر في مال المدين الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط ولا يؤثر في المال الذي تملكه بعد الحجر)

الحجر المقصود هنا هو الحجر على ما ورد في المادة (٨٩٨).

لأنه يكون قد تعلق حق الغرماء بالأموال الموجودة وقت الحجر فلا يتمكن من ابطال حقهم لغيرهم (الطحطاوي).

وعليه فلو أقر المحجور لآخر بدين فلا يعتبر في حق الأموال التي تكون موجودة وقت الحجر كما سيبين في المادة الآتية وشرحها. أما في الأموال التي يتملكها بعد الحجر في حال حجره أو بعد فك الحجر عنه فلا تأثير للحجر فيها لأنه لما كانت هذه الأموال ليست موجودة وقت الحجر فلم يتعلق حق الدائنين بها (الهداية ورد المحتار).

ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر ينفذ اقراره وتبرعاته فيه لأن حقهم تعلق بالمال القائم لا بالمستفاد، وكذا لو اكتسب مالاً ينفذ اقراره فيما اكتسب وإن كان دين لأول قائماً وتنفذ تبرعاته فيما اكتسب مع ابقاء دين الأول (مجمع الأنهر، صرة الفتاوى في الحجر والاذن) والحاصل أنه يعتبر هذا الإقرار في ثلاثة أنواع:

١ - في الأموال التي يتملكها بعد الحجر.
٢ - في الأموال التي يتملكها بعد زوال الحجر.
٣ - في الأموال الزائدة عن ديون الحاجرين ويؤدي منها المقر به (رد المحتار).

﴿مادة ١٠٠٢﴾ - (الحجر يؤثر في كل ما يؤدي إلى ابطال حق الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بأنقص من ثمن مثله. بناءً عليه لا تعتبر سائر تصرفات المدين المفلس وتبرعاته وعقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر. ولكن تعتبر في حق أمواله التي اكتسبها بعد الحجر ولو أقر بدين لآخر لا يعتبر اقراره في حق أمواله التي كانت موجودة في وقت الحجر ويعتبر بعد زوال الحجر ويبقى مديناً بإدائها ذلك الوقت وأيضاً ينفذ اقراره على أن يؤدي مما يكتسب بعد الحجر)

الحجر يؤثر في كل ما يؤدي إلى ابطال حق الغرماء كالهبة، والصدقة وبيع مال بأنقص من ثمن مثله، أي مع الغبن، سواء أكان النقصان يسيراً أم فاحشاً، يعني أنه لا يجوز أن يبيع المحجور مالاً بالنقصان المذكور (العناية).

تفصيل بيع المحجور بالدين: إذا باع المدين المحجور مالاً وكان بيعه بثمن المثل يكـون البيع صحيحاً لأن البيع بثمن المثل لما كان غير مبطل لحق الغرماء فلا يمنع المحجور منه (الهداية).

أما إذا كان البيع مع الغبن فالمشتري مخير إن شاء أكمل ثمن المبيع إلى ثمن المثل وإن شاء فسخ البيع ورد المبيع، كما في بيع المريض، أنظر المادة (١٦٠٤) (رد المحتار، الهندية في الباب الثالث).

ولو حجر القاضي على رجل لأجل قوم لهم ديون مختلفة فقضى دين بعضهم فللغرماء الآخرين أن يستردوا من الغرماء القابضين كل على حسب حصته (الخانية) بناء عليه لا تعتبر تصرفات المدين المفلس القولية وتبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر، وقد قيدها «بالتصرفات القولية» لأنه لو استهلك المحجور بالدين مال أحد، كما صار تفصيله في شرح المادة (٩٤١)، تعتبر في حق أمواله الموجودة وقت الحجر أيضاً، ويكون صاحب المال شريكاً لسائر الدائنين في الأموال الموجودة (الهداية) ولكن تعتبر في حق أمواله التي اكتسبها بعد الحجر (رد المحتار).

كما لو تزوج محجور امرأة كان زواجاً صحيحاً تشارك المرأة الغريب الحاجر في مثل مهرها، لكن لا تشارك فيما يزيد عن مهر المثل ويلزم أن تأخذ تلك الزيادة من الأموال التي يكتسبها المدين بعد اذنه (الهندية في الباب الثالث). وإذا أقر المدين لآخر في الدين يثبت اقرار المحجور فقط لا يعتبر اقراره في حق أمواله التي كانت موجودة في وقت الحجر لأنه ما تعلق حق أولئك الدائنين بالأموال المذكورة فلا يبطل المحجور بإقراره المذكور حقوقهم لكن إذا ثبت بالبينة، يعني لو شهدت الشهود على الاستقراض قبل الحجر أو على الشراء بقيمة المثل أو على استهلاك مال الغير، وثبت الدين على ذلك الوجه، يعتبر هذا الدين أيضاً في حق الأموال الموجودة وقت الحجر ويصير مزاحماً لسائر الغرماء أرباب الديون إذ لا حجر في الفعل. لأنه لا تهمة في هذا (الطحطاوي). وإذا لم يثبت هذا الدين بالبينة، بل ثبت بعلم القاضي، فلا حكم لهذا الثبوت لأن علم القاضي غير معـدود من أسباب الحكم (أبـو السعود).

ويفهم من تقييد فقرتي (الأموال المجودة) و (لا يعتبر. . .) بعبارة «وقت الحجر» إن عدم اعتبار هذا الإقرار مشروط بشرطين:

الأول ـ في حق الأموال الموجودة أثناء الحجر.

الثاني ـ في وقت الحجر يعني لا يعتبر في وقت الحجر.

فينفذ ويعتبر بناء على الشرط الأول حتى في حق الأموال التي اكتسبها المحجور في أثناء الحجر وهو محجور ويعتبر بناء على الشرط الثاني بعد زوال الحجر في حق الأموال الفاضلة عن الغرماء الحاضرين والموجودة في أثناء الحجر (الهندية في الباب الثاني). ويتبين أن الفقرة الآتية معنية بالنظر إلى هذه الإيضاحات.

أما بعد زوال الحجر فيعتبر الإقرار وعليه فيبقى مديناً بادائها ذلك الوقت، أي بعد زوال الحجر، ومع ان الإقرار أحد التصرفات فقد ذكرته المجلة على حدة مع دخوله تحت تعبير (سائر التصرفات).

وأيضاً ينفذ اقراره على أن يؤدي مما يكتسب بعد الحجر لأنه لا تأثير للحجر في هذا المال، على ما ذكر في المادة (١٠٠١)، لأن هذا المال لما كان غير موجود وقت الحجر فلا يتعلق به حق الحاضرين (رد المحتار، الهداية) وفي عصرنا لا يحجر على المدين بسبب الدين بل تضبط أمواله بمعرفة المحكمة وتوقف وتباع بالمزايدة وتقسم بين الغرماء.

الباب الثاني

في بيان المسائل التي تتعلق بالإكراه

للإكراه تعريف، وركن، ودليل، وشرط، وحكم.

وقد بين تعريفه في المادة (٩٤٨)، وركنه هو اللفظ الذي يفيد الإكراه ودليله الآية الكريمة ﴿إلا من أكره. . .﴾ والحديث النبوي الشريف (الا لا إقالة في الطلاق) وإيضاح ذلك أن رجلاً طلق زوجته مكرهاً فرفع الأمر إلى الرسول ﷺ فذكر الحديث المتقدم (الطوري).

شروط الإكراه: للإكراه أربعة شروط (الدرر).

١ ـ كون المجبر مقتدراً على إيقاع ما تهدد به، أنظر المادة (١٠٠٣).

٢ ـ خوف المكره من وقوع المكره به، أنظر المادة (١٠٠٤).

٣ ـ كون المكره به متلفاً للنفس أو للعضو أو موجباً للغم ومعدماً للرضا، أنظر المادة (٩٤٩)، فلو خوف زوجته بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح، وإن هددها بطلاق أو تزوج عليها أو تسرَّى فليس بإكراه «أبو السعود عن الخانية» لأن كل فعل من هذه الأفعال جائز شرعاً، والأفعال الشرعية لا توصف بالإكراه «الطحطاوي» وكذا التهديد بالشتم (القهستاني) أي ليس بإكراه.

٤ ـ كون المكره ممتنعاً عن المكره عليه قبل الإكراه، لأنه إذا لم يكن ممتنعاً لا يكون إكراهاً لفوات ركنه وهو فوت الرضا كما أشير إليه في الاختيار وفيه دلالة على أن هذا الشرط مستدرك (مجمع الأنهر، أبو السعود، الطحطاوي).

ويكون الامتناع بسبب من ثلاثة:

السبب الأول، في حق نفسه، كالإكراه على بيع ماله.

السبب الثاني، في حق شخص آخر، كالإكراه على اتلاف مال غيره.

السبب الثالث، في حق الشرع، كالإكراه على شرب الخمر والزنا (الهندية) ويكون غير الممتنع على الوجه الآتي:

أما أن يكون المكره عليه مباحاً: كما لو أكره أحد على فعل مباح، فلا يحصل به الإكراه الشرعي. مثلاً، لو أكره أحد آخر بقوله له اشرب كأس الماء هذا أو بع ثوبك من فلان، فشرب الماء أو باع الثوب، جاز المبيع وصح ولا يكون بيع مكره لكن لو كان المال لغيره أو كان محرماً، كأن يكون خمراً، فيكون البيع حينئذ بيع مكره (الطحطاوي، الأنقروي، منلا مسكين) وأما أن يكون فرضاً: مثلاً إذا حنث أحد في يمينه ولزمته الكفارة فجاءه شخص فأكرهه على إيفاء كفارة اليمين بدون تعيين نوع من أنواع الكفارات وأوفى ذلك الشخص أحد أنواع الكفارات جاز ولا يلزم المجبر شيء (الهندية في الباب الثاني).

وإليك فيما يلي عدة نظم لهذا:

١ ـ لو أصبح أحد بلا قوة من الجوع ولم يأكل طعامه فأجبره أحد على أكله فلا يلزم المجبر شيء، لأن منفعة الطعام وإملاء البطن فائدة للمكره، فلا يكن موجباً لتلف المال لكن لو كان بطنه ممتلئاً رجع بقيمته على المجبر، قال أبو السعود: أكره على أكل طعام نفسه، إن جائع لا رجوع وإن شبعان رجع بقيمته على المكره.

٢ ـ لو أكره البائع على بيع ماله وأكره المشتري على شرائه وقال كل منهما بعد وقوع تقابض اليدين لعقد البيع التي قبضت المال المقبوض بالبيع المذكور الواقع بالإكراه جاز البيع ولزم ولا يلزم الجبر ضمان (رد المحتار).

٣ ـ لو أكره أحد على شرب الخمر اكراهاً **ملجئاً** فإن كان من معتادي شرب الخمر ولم يزل باقياً ومصراً على عادته فلا يكون شرب الخمر له مباحاً بخلاف ما إذا تاب وأقلع وعزم أن لا يعود (أبو السعود المصري).

حكم الإكراه، للإكراه أربعة أحكام.

الحكم الأول، إذا كان الإكراه ملجئاً ينقل الفعل إلى الحامل في الأمور التي يصلح أن يكون المكره فيها آلة للمجبر الحامل ويفرض المجبر أنه إني ذلك الفعل بنفسه والمكره ماله فقط كإتلاف المال والنفس وكذا لو أكره مسلم مجوسياً على ذبح شاة فإنه ينقل الفعل إلى المسلم الآمر في حق الإتلاف فيجب عليه الضمان ولا ينقل في حق حل الذبح في الدين وبالعكس يحل (رد المحتار) (ويجب أن لا يفهم مما مر أن إتلاف النفس والمال جائزان كما سيأتي توضيحه).

وعليه لو قتل أحد آخر بإكراه ملجيء أو أتلف مالاً له يضاف القتل والإتلاف إلى المجبر، ويكون ذلك الفاعل آلة للقتل والإتلاف، لأنهما يصلحان أن يكونا آلة للمجبر كما لو قتل ذلك المجبر أحداً أو أتلف ماله.

أما الأمور التي لا تصلح لأن يكون فيها آلة فيبقى الفعل فيها مقصوراً على المكره كأنه قد فعله باختياره كالأقوال والأكل، لأنه لا يمكن الإنسان أن يتكلم بلسان غيره ويأكل بفمه وبناء عليه فلا تضاف الأقوال لغير المتكلم والأكل لغير الآكل ما لم يكن في هذا القول والأكل اتلاف، وحينئذ فيضاف القول والأكل من حيث الإتلاف إلى المجبر، وللمكره أن يرجع على المجبر ببدل المكره عليه «رد المحتار، وأبو السعود» حتى إذا أكرهه على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره، حتى يكون الولاء له، ويضاف إلى المجبر من حيث الإتلاف، فيرجع عليه بقيمته (الطحطاوي بتغيير).

مثلاً لو طلق أحد زوجته التي أكره على طلاقها، وقع الطلاق، والطلاق بما أنه من الأقوال، فقد وقع محصوراً بالمتكلم، أي مضافاً إلى المكره، كأنه قد وقع بلا إكراه ولكن إذا كان الطلاق الواقع قبل الدخول، وكان يوجد فيه اتلاف على الوجه المذكور، يعني وكان يلزم المكره نصف المهر المسمى، فيراجع المكره المجبر بذلك المال (الزيلعي) والحكم في البيع، والشراء، والإجارة، وما اشبه ذلك من العقود على هذا المنوال أيضاً ولكن بما أن هذه العقود من الأقوال فتضاف إلى المتكلم، أي البائع، وينفذ

البيع ، إلا أنها لما لم تكن كالطلاق، فيشترط فيها لرضاء لا يلزم البيع ، وستوضح هذه الجهة فيما يأتي .

كذلك لو أكره الزوج على قبول الطلاق، في مقابل مال، وقبله، وقع الطلاق، لكن لا يلزم المال . لأن الرضا شرط في لزوم المال أما في وقوع الطلاق فالرضا ليس بشرط (الزيلعي).

الحكم الثاني، كون المكره عليه غير فرض (الدرر) مثلاً لو أكره مسلم على شرب الخمر وأكل الميتة والخنزير إكراهاً ملجئاً، ولم يكن من معتاد على شرب الخمر مثلاً، فيكون شرب الخمر واجباً. لأن الضرورات تبيح المحظورات. حتى إن المكره يأثم إذا لم يشرب الخمر مع علمه بالإباحة في أحوال اضطرارية كهذه وأتلفه المجبر لأن حرمتها مقيدة بحال الإختيار أما في حال الاضطرار فقد أبقي على أصله حلالاً لقوله تعالى ﴿إلا ما اضطررتم إليه ﴾ وعليه فشرب الخمر مثلاً قد أبيح في هذا الحال بناء على الإكراه المذكور فيكون بامتناعه في حق إتلاف النفس معيناً للغير (أبو السعود). لكنه إنما يأثم إذا علم بالاباحة في هذه الحالة لأن في انكشاف الحرمة خفاء، لأنه أمر يختص بمعرفته الفقهاء فيعذر بالجهر كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب، فإن قيل: اضافة الأثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد، فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم، وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم، فصار الترك حراماً، لأن ما افضى إلى الحرام حرام (أبو السعود عن العناية) أقول والذي يظهر إن الإثم ليس على ترك المباح بل على ترك الفرض (الطوري) كذلك لو أصاب أحداً مخمصة فامتنع عن تناول الميتة يأثم على ظاهر الرواية (منلا مسكين).

الحكم الثالث، حظر عمل المكره عليه، يعني كون المكره عليه حراماً (الدرر) فلو أكره مسلم على شرب الخمر وأكل الميتة والخنزير إكراهاً غير ملجئ فلا يصير شربه الخمر حلالاً بل يكون حراماً كالأول، اذ لا ضرورة في اكراه غير الملجئ ، لعدم الخوف على النفس أو العضو (رد المحتار، الطحطاوي).

كذلك لو أكره أحد على قتل النفس أو قطع عضو الغير أو على الزنا إكراهاً ملجئاً يكون ارتكاب فعل القتل أو قطع العضو أو الزنا حراماً. لأن الزنا كالقتل، لأن ولد الزنا هالك حكماً لعدم من يربيه، فلا يستباح لضرورة ما (الدرر) كما لو أكره بالقتل على أن يقتل شخصاً أو يقطع عضوه أو يضربه ضرباً يخاف منه التلف أو يشتمه أو يؤذيه (الطوري) لو قيل له ليأكل هذه الميتة أو يقتل هذا الرجل، فإنه ينبغي له أن يأكل الميتة ولا يقتل الرجل، وإن لم يأكلها حتى قتل فهو آثم إذا كان يعلم أن أكل الميتة يباح عند الضرورة، وإن لم يأكل وقتل الرجل فعليه القود (الهندية بتغيير في الباب الثاني)

وعليه فيلزم ذلك الشخص أن يصبر ولا يقتل ولو قتل هو يثاب بسبب امتناعه عن ذلك على هذا الوجه (الزيلعي). لأنه لا يباح قتل الآدمي مثلاً بمثل هذه الضرورات «وإن كان القتل مباحاً في بعض الأحوال كتخليص النفس» لأن القتل لا يرخص لضرورة ما إلا أن يعلم أنه لو لم يقتله قتله، وكذا يقتله باخراجه السرقة إذا لم يلقها بصياح عليه، أو باتيانه حليلته كذلك (الشرنبلالي). ومع هذا فلو قتله كان قتل عمد. وإذا كان المجبر مكلفاً لزم الجبر القصاص ولو لم يكن المكره مكلفاً أي عاقلاً بالغاً. لا

المكره لكن المكره بأثم اثم القاتل (أبو السعود). أكره رجل بالقتل على أن يقطع يد نفسه، وسعه أن يقطع يده إن شاء، لأن القطع أهون من القتل، لأن الظاهر أن القطع ينتصر ولا يسري (الطوري) فإن قطع يده ثم خاصمه في ذلك فعلى المجبر القود، ولو أكره بالقتل على أن يقتل نفسه لا يسعه أن يقتل نفسه، ولو قتل نفسه فلا شيء على المجبر (الطحطاوي ملخصاً).

الحكم الرابع، كون عمل المكره عليه مباحاً ومرخصاً به (الدرر) فلو أكره أحد إكراهاً ملجئاً على اتلاف مال الغير فيرخص لذلك الشخص في اتلاف المال المذكور. ولا يأثم إذا أتلفه. أما إذا لم يتلفه وصبر مرجحاً المنع الأصلي لإتلاف مال الغير وقتل فيثاب (الكنز، وأبو السعود) لأن أخذ مال الغير ظلم ولا يباح الظلم (الأنقروي).

﴿مادة ١٠٠٣﴾ - (يشترط أن يكون المجبر مقتدراً على إيقاع تهديده؛ بناء عليه لا يعتبر اكراه لم يكن مقتدراً على إيقاع تهديده وتنفيذه)

اقتدر المجبر على إيقاع ما تهدد به شرط في صحة الإكراه، وقد أطلق الحامل فشمل الصبي العاقل ومختلط العقل إذا كان مطاعاً مسلطاً (عبد الحليم) لأنه قد تحقق أن الإكراه معدم لرضا المكره ومفسد لاختياره مع بقاء الأهلية وهذا إنما يكون في صورة اقتدار المجبر على إيقاع تهديده. أما إذا لم يكن المجبر مقتدراً على إيقاع تهديده، فلا يكون ذلك التهديد إكراهاً بل هذياناً (لسان الحكام). وبتحقق الإكراه عند الإمامين ولو كانت الاستعانة بالغير ممكنة وكان الخلاص من الجبر المذكور قابلاً (الهندية في الباب الأول، عبد الحليم).

اقسام التهديد:

كما يكون التهديد صراحة يكون دلالة (عبد الحليم) مثلاً لو أمر أحد آخر بإتلاف مال أحد ولم يتهدده بشيء، ولكن كان المكره يخاف أن يقتله إذا لم يتلف ذلك المال، كان ذلك الشخص في حكم المكره لأن الإلجاء باعتبار الخوف وقد تحقق، والمأمور لو علم، بدلالة الحال، أنه لو لم يمتثل أمره يقتله أو يقطع يده أو يضربه ضرباً يخاف منه تلف نفسه أو عضوه، فيكون إكراهاً معتبراً (أبو السعود بتغيير ما).

ويبين في هذه المادة شرط المجبر، ويجب التفتيش عليه في قسمي الإكراه المحررين في المادة (٩٤٩) أيضاً. ويمكن أن يكون كل متغلب كاللص[١] وقطاع الطرق مجبراً كما في الشرط المذكور وهذه المادة مبنية لى مذهب الإمامين، ولما كان قولها هو المفتى به فقد اختارته المجلة، أنظر المادة (٣٩)(رد المحتار).

وعليه فالمجبر الذي يكون مقتدراً على إيقاع تهديده وإجرائه يكون إكراهه معتبراً، أما من لم يكن مقتدراً على إيقاع تهديده فلا يعتبر إكراهه، لأن إكراه غير المقتدر هذيان (الهندية).

أمثلة للإكراه المعتبر: لو ادعت الزوجة، بعد أن اتفقت مع زوجها على طلاقها منه على مهرها، ان

---

(١) اللص السارق ويثلث (الطحطاوي)

ذلك الاتفاق قد وقع بإكراه معتبر، أثبتت دعواها فلها أن تأخذ مهراً بعد الحكم، وليس للزوج أن يدعي أن الإكراه غير ممكن إذ في البلد ضابط وحاكم (علي أفندي).

كذلك إذا أكره شخص آخر، فيما بينهما، على الذهاب إلى مجلس القاضي ليبيعه داره، فذهب المكره إلى القاضي وباعه داره مكرهاً، حرر القاضي بينهما حجة البيع، فلا يجوز للمشتري، إذا أثبت البائع الإكراه، أخذ الدار من البائع بحجة أن البائع قد أقر في حضور القاضي بحصول البيع منه طوعاً واختياراً وإنه لا اكراه في حضور القاضي.

والحاصل أنه لا دخل للمكان في الإكراه المعتبر في المدن، كالقدس وحيفا، ممكن (علي أفندي، البهجة، وأبو السعود العمادي).

﴿مادة ١٠٠٤﴾ - (يشترط خوف المكره من المكره به. يعني يشترط حصول ظن غالب للمكره بإجراء المجبر المكره به إن لم يفعل المكره عليه)

يشترط في صحة الإكراه خوف المكره من المكره به عاجلاً أو آجلاً ويحصل ظن غالب للمكره بإجراء المجبر المكره به إن لم يفعل ما أكره عليه ليصير به محمولاً على ما دعي إليه من الفعل والمباشرة (الدرر) أقول هذا الشرط يغني عن المادة السابقة لأن هذا الخوف لا يتحقق بدون قدرة الحامل كما لا حاجة إلى الشرط الثالث، أي كون المكره ممتنعاً منه بعد أن اعتبر في نوعي الإكراه كونه مقوماً لرضاه لو لم يكن ممتنعاً منه كان راضياً فلا يتحقق الإكراه كما لا يخفى (عبد الحليم).

قد اعتبر هنا الظن الغالب لأن الظن الغالب حجة يعمل بها، لا سيما إذا تعذر الوصول إلى اليقين. حتى إنه إذا كان ظن المكره الغالب بأن المجبر لا يوقع ما تهدد به فلا يثبت حكم الإكراه. ولو توعده وتهدده. لأن الضررة على هذا التقدير لم تتحقق، وعليه فإذا لم يخف المكره فلا يكون قد أجبر (الهندية ولسان الحكام).

قد مر في المادة الرابعة مثال آخر في العمل بالظن الغالب. وعليه فلو شك في إجراء المكره به فيما لو لم يأت المكره ما أكره عليه أو علم بأن كلام المجبر في هذا الشأن من قبيل المزاح فلا يحصل الإكراه بذلك لأنه يعتبر الظن الغالب عند فقد الأدلة (الطوري، الطحطاوي، الهندية).

وبما أن المجلة قد ذكرت تعبير وقوع المكره به مطلقاً، فقد شملت وقوعه عاجلاً وآجلاً، وبناء عليه لو تهدده المجبر بالإتلاف بعد مدة وحصل عند المكره ظن غالب بإيقاع المكره ما تهدده به، فيكون قد أكره أيضاً (رد المحتار).

والمكره به في هذه المادة لا يخرج عن الحالات المذكورة في المادة (٩٤٩) وعليه لو اكره مثلاً بقتل النفس والضرب كان معتبراً، أما لو أكره بضربة أو ضربتين فلا يكون ذلك إكراهاً معتبراً، غير انه إذا تهدده بضربة أو ضربتين هكذا على مذاكيره أو عينه فيكون ذلك اكراهاً معتبراً (رد المحتار).

﴿مادة ١٠٠٥﴾ - (إن فعل المكره المكره عليه في حضور المجبر أو حضور

تابعه يكون الإكراه معتبراً. وأما إذا فعله في غياب المجبر أو تابعه فلا يعتبر لأنه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الإكراه. مثلاً لو أكره أحد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجبر ومن يتعلق به فلا يعتبر الإكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً)

يشترط أن يخاف المكره من ذلك التابع خوفه من المجبر المتبوع (الطوري) لكن إذا لم يخف منه هذا الخوف فيكون قد زال الإكراه حقيقة فإذا حصل خوف من عودة الإكراه فهذا الحال لا يثبت إكراهاً (الأنقروي).

وأما إذا فعل المكره عليه في غياب المجبر أو تابعه أو في حضور التابع وهو لا يخاف منه فلا يعتبر لأنه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الإكراه وخوفاً من عودة الإكراه وإن غاب المكره عن نظر من أكرهه يزول الإكراه (صرة الفتاوى).

وعليه فلو أرسل أحد لآخر رسولاً ليحضر فلاناً ان لم يفعل الشيء الفلاني، وكان الرسول المذكور مقتدراً على احضاره وخاف المرسل إليه أن يقتله ذلك الشخص إن لم يفعل الشيء المذكور وفعل ذلك الشخص الشيء المكره عليه في حضور الرسول كان إكراهاً وإلا فلا. ويتبين من هذا ان أعوان الظلمة لا يعذرون في أحدهم ظلماً في غياب الظالم أو رسوله (رد المحتار).

مثلاً لو أكره أحد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجبر ومن يتعلق به فلا يعتبر الإكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً (النتيجة).

كذلك لو قبل أحد بالوكالة عن رجل غائب طلاق زوجته على مهرها فليس لها أن تقول بعد ذلك بما أن زوجي أجبرني قبل الغيبة على القبول المذكور فقبل الوكيل طلاقي على مهري فإنني أريد مهري (علي أفندي ملخصاً).

﴿مادة ١٠٠٦﴾ ـ (لا يعتبر البيع الذي وقع بإكراه معتبر ولا الشراء ولا الإيجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والإقرار والإبراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا اسقاط الشفعة ملجئاً كان الإكراه أو غير الملجئ ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه يعتبر)

يعتبر الإكراه في التصرفات القولية ويبطل بالهزل كهذه التصرفات في المتن أما ما لا يبطل بالهزل من تلك التصرفات فلا يؤثر فيها الإكراه وتكون التصرفات المذكورة صحيحة (عبد الحليم) وستوضح قريباً ويصير تعدادها.

فعليه لا يعتبر البيع الذي وقع بإكراه معتبر ولا الشراء ولا الإيجار ولا الاستئجار ولا الهبة ولا الصدقة ولا الفراغ، يعني فراغ الأراضي الأميرية والأراضي التي يتصرف فيها بالإجارتين من

المستغلات، ولا الصلح والإقرار بالمال والإقرار بالعقد والإقرار بالطلاق والإقرار بالرضاع والإبراء عن مال، أي الإبراء عن الحقوق، ولا تأجيل الدين ولا إسقاط الشفعة ولا قبول الكفالة والوقف والرهن ولا يكون لازماً أي يكون منعقداً ونافذاً وقابلاً الفسخ، وفي البيع مثلاً يفيد الملك بعد القبض لعدم لزومه (الدرر، الدر المختار، الطحطاوي، الفتاوى الجديدة) حتى أنه للمكره بعد زوال الإكراه أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه إذا شاء لكن لو أوقع في هذا المبيع فعلاً على ذلك الوجه وفعل الغصب ذلك الفعل في المغصوب ينقطع حق المالك من المغصوب ولا يبقى للبائع فيه حق في الاسترداد، وذلك كما لو كان المبيع حنطة وصارت دقيقاً في يد المشتري (رد المحتار).

ويفيد بيع المكره الملك بعد القبض، أما قبل القبض فلا يفيد الملك (الطوري) ملجئاً كان الإكراه أو غير ملجئ. ولا تسقط وفاة أحد من المجبر والمكره حق الفسخ، فعليه إذا توفي المجبر تؤخذ التضمينات اللازمة من تركته وإذا توفي المكره يقوم ورثته مقامه (الطحطاوي).

كذلك الزيادة سواء أكانت منفصلة متولدة كالثمر والولد أم لم تكن، والزيادة المتصلة المتولدة كالسمن ليست مانعة للفسخ (الطحطاوي) أما الزيادة المتصلة غير المتولدة فمانعة من الاسترداد. ما لم يكن المشتري راضياً. وفي البحر متى فعل المشتري في المبيع يعني فعلاً فاسداً ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق المالك في الاسترداد كما إذا كان حنطة فطحنها (رد المحتار). وتكون الزيادة المنفصلة مضمونة بالتعدي.

والمكره إذا أجاز التصرفات المذكورة بعد زوال الإكراه يكون معتبراً حينئذ أي لازماً. لأن العقد والإقرار يثبتان الملك ولو كانا بإكراه. الإكراه سواء أكان ملجئاً أم غير ملجئ فهو معدم للرضا وبما أن الرضا شرط في لزوم العقود والمعاملات المذكورة والإقرار فتفسد العقود بفوات الرضا ويكون حق الفسخ والإمضاء بعد زوال الإكراه عائداً إلى المكره (رد المحتار، مجمع الأنهر) وعليه فيملك المشتري الذي اشترى المبيع من بائعه مكرهاً بقبضه، أنظر المادة (٣٧١). لكن المشتري إذا وقع في ذلك المبيع فلا تكون تصرفاته لازمة وذلك كالبيع القابل للنقض والهبة والصدقة.

كذلك يملك الموهوب له المال الموهوب بالإكراه إذا قبضه لأن القبض إذا وجد في العقد الفاسد يقتضي الملك. لكن الموهوب له إذا تصرف فيه، ففي الصورة التي يكون التصرف المذكور فيها قابلاً للنقض ينقض ويرد المال إلى صاحبه. كما سيفصل فيما سيأتي، العقود التي تنفذ والتي لا تنفذ بالإكراه المذكور ستوضح كما سيأتي، فالمكره عليه قسمان:

القسم الأول، ما كان قابلاً ومحتملاً للفسخ بعد الوقوع، وبعبارة أخرى الأشياء التي لا تبطل بالهزل وإليك فيما يلي تعدادها (عبد الحليم): الطلاق، والنكاح، والنذر، والعتاق، والعفو عن القصاص، والرجعة والإيلاء، في الإيلاء، الظهار، اليمين، التدبير، الاستيلاء، الرضاع، الحلف بطلاق أو عتاق أو ظهار أو ايلاء أو عتق العبد، والتوكيل بطلاق وعتاق، وإيجاب الحج على نفسه، وإيجاب الصدقة على نفسه (الطحطاوي والأنقروي، ومجمع الأنهر).

وإننا نكتفي بإيضاح بعضها:

إيضاح الطلاق: لو تزوج امرأة وأكره على تطليقها (طلقة واحدة أو أكثر) ولم يدخل بها حقيقة أو حكماً (والدخول حكماً هو الخلوة الصحيحة) وطلقها بإكراه معتبر وقع الطلاق. ولكنه يرجع بنصف المهر الذي يلزمه على المجبر (البهجة، القهستاني) وإن لم يكن مسمى فيه فيرجع عليه بما لزمه من المتعة (الطوري). لا رجوع عليه لو كان الطلاق بعد الدخول، لأن المهر هنا تقرر بالدخول لا بالطلاق، والدخول ليس بصنع من المجبر «مجمع الأنهر بتغيير وفي الجوهرة تفصيل ذلك».

وهو مقيد بما إذا قال أردت به الإنشاء في الحاكم كما طلب مني أو قال أردت الإتيان بمطلوبه أما إذا قال أردت الاخبار كاذباً فيقع قضاء لاديانة ولا يضمن المكره شيئاً لأنه عدل عما أكره فكان طائعاً في ذلك فلا يصدق قضاء ولا يضمن المكره لأنه خالفه (الطوري).

إيضاح الطلاق على مال: لو أكره أحد زوجته على قبول الطلاق على مهرها وقبلت هي ذلك على الوجه المذكور وقع الطلاق رجعياً، لكن لا يسقط المهر (علي أفندي، الهندية في الباب الثاني) ولكن لو أجازت الزوجة الطلاق المذكور بعد ذلك كانت إجازتها صحيحة وسقط المهر وصار الطلاق بائناً (الهندية في الباب الثاني).

كما لو أكره الزوج على طلاق زوجته في مقابل ألف قرش أو أكرهت الزوجة على قبول الطلاق المذكور وقع الطلاق بغير مال. وكذلك هذا في الصلح من القوة (الهندية فيه).

إيضاح النكاح، لو تزوج امرأة مكرهاً جاز النكاح، ولكن لو أكره على التزويج بها بأزيد من مهر المثل وتزوج على هذا الوجه، فلا يعتبر الزائد عن المهر المثل مع جواز النكاح. أما عند الإمام الطحطاوي فتجوز تلك الزيادة أيضاً ويأخذها المكره بعد ذلك من المجبر (البزازية، والهندية في الباب الثاني).

كذلك لو أكرهت امرأة على التزوج من أحد بأقل من مهر المثل وتزوجته كان النكاح صحيحاً ولا يلزم المجبر ضمان (الشرنبلالي). لكن لو أكره أحد على تزويج ابنته الصغيرة من غير كفؤ فلا يصح النكاح، وكذلك لو زوج أحد ابنته الصغيرة بأقل من مهر المثل مكرهاً فلا ينعقد النكاح. ما لم يبلغ المهر إلى مهر المثل (الأنقروي).

إيضاح العفو عن القصاص: لو قتل أحد آخر قتلاً موجباً للقصاص فعفا ورثة المقتول البار عن القاتل من القصاص مكرهين كان صحيحاً وكما أن المجبر لا يلزمه شيء للورثة فليس للورثة أيضاً أن يطالبوه بالدية (النتيجة والهندية في الباب الرابع).

كذلك لو أجبر القاتل على الصلح عن دم العمد على مال وقبل ذلك فلا يلزم المال، أي بدل الصلح، لكن يبطل القصاص لأن التزام المال مع الإكراه غير صحيح ويسقط القصاص مع الإكراه (الأنقروي، الهندية في الباب الرابع).

فلو تصالح ولي القتيل مكرهاً والقاتل غير مكره على عشرة دنانير عن دم العمد جاز، ولزم القاتل بدل الصلح، ولا يلزم المجبر ضمان شيء. لأن القصاص ليس بمال (الأنقروي).

إيضاح الإرضاع: لو أكره أحد امرأة على أن ترضع الولد الصغير، وأرضعته مكرهة، أو لو أكره رجل امرأته على أن ترضع الولد الصغير من لبنها وفعلت، ثبتت احكام الرضاع (الهندية في الباب الرابع).

إيضاح اليمين: لو حلف أحد على أن لا يدخل دار فلان مكرهاً انعقدت اليمين حتى لو دخل الحالف تلك الدار حنث في يمينه (من المحل المزبور).

القسم الثاني، الأشياء القابلة للفسخ (أبو السعود).

وهذا القسم الثاني، قد جمع في القاعدة الآتية: كل تصرف يبطل بالهزل لا يجوز بالإكراه.

وقد ذكر آنفاً بعض العقود والمعاملات مجملة وإليك تفصيلها فيما سيأتي:

١ - في البيع: البيع الذي يقع بالإكراه ليس معتبراً يعني أن بيع المكره نافذ، أي منعقد، لكنه فاسد لأن الرضا شرط من شروط الصحة في المبيع وهو مفقود في الإكراه (رد المحتار) سواء أكان كل منهما مكرهاً أم البائع فقط أم المشتري فقط. وأي المتعاقدين كان مكرهاً فله حق في فسخ العقد لو لم يرض الآخر بذلك. أما الطرف الذي لم يكن مكرهاً فليس له بعد القبض فسخ العقد بدون الرضا (الطورى) وستأتي تفصيلات ذلك قريباً.

بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث أنه قابل للإجازة والفسخ، ويشبه البيع الفاسد من حيث انه يفيد الملك. وبيع المكره كما جاء في المجلة جائز ومعتبر أي لازم. والإجازة فيه تزيل الحرمة. أما البيع الفاسد فلا يجوم بالإجازة، أي لا ينقلب إلى الصحة (الطحطاوي ملخصاً).

كذلك لو فسخ المكره البيع انفسخ وله استرداد المبيع من يد المشتري. وعليه فلو باع أحد ماله من آخر مكرهاً ثم باعه هذا من غير بيع رضا وسلمه اياه فإذا لم يجزه صاحب المال فله أن يسترد المال من ذلك الشخص (النتيجة، والبهجة) وإذا وقع تداول الأيدي في بيع المكره، فأي عقد أجازه المكره كان الكل جائزاً. فلو باع أحد ماله من آخر مكرهاً وهذا باعه رضاء من غيره وباعه هذا من آخر وباعه هذا من غيره وباعه هذا من آخر ثم بعد ذلك أجاز صاحب المال البيع الأول نفذ الأول والثاني والثالث والرابع، أو أجاز البيع الثالث نفذ **الأول** والثاني والرابع لأن المكره إذا أجاز بعض العقود فقد زال الإكراه وأصبح طائعاً راضياً. وبما أنه قد أصبح العقد الأول بذلك جائزاً فقد اصبحت العقود كلها جائزة ويأخذ المكره المبيع من المشتري الأول (الطوري).

وتعيين المشتري في الإكراه على البيع لم يكن شرطاً فلو أكره أحد على بيع ماله ولم يعين له المشتري فباع ذلك الشخص ماله من أحد بناء على ذلك الإكراه فيكون ذلك البيع بيع مكره (البزازية).

مخالفة المكره المجبر في الثمن: لو أكره على أن يبيع ماله بمائه قرش فباعه بأقل كأن يكون باعه بتسعين كان ذلك البيع بيع مكره. لأن المجبر عرض المكره للضرر، وبما أن البيع بالأقل باعث لزيادة الضرر فالإكراه على البيع بالأكثر إكراه على البيع بالأقل. أما لو أكرهه على البيع بألف قرش فباعه بأزيد نفذ. لأن المكره يكون قد اكتسب لنفسه النفع (الطوري).

مخالفة المكره في نوع العقد: لو وهب أحد ماله في الحالة التي أكره على بيعه فيها جازت الهبة (البزازية).

زوائد المال الذي بيع بالإكراه: أما في زوائد المال الذي بيع بالإكراه فإذا كانت الزوائد منفصلة متولدة وتلفت بالتعدي لزم الضمان. أما إذا تلفت بلا تعد فلا يلزم الضمان.

وإذا تلف المبيع وبقيت الزوائد المذكورة بأخذها البائع ويضمن قيمة المبيع. وإذا كانت الزوائد المذكورة منفصلة غير متولدة وكان للبائع أخذها في حال وجودها فلا يلزم ضمان إذا تلفت الزوائد المذكورة بلا تعد. لكن لو استهلكت لزم عند الإمامين الضمان. أما عند الإمام فلا. وإذا تلف المبيع ومعه زوائد منفصلة غير متولدة كانت للمشتري (التنقيح).

أنواع الإجازة :

الإجازة نوعان: النوع الأول، الإجازة قولاً وصراحة، كقول المكره اجزت البيع المذكور أو أعطيت اجازة به. النوع الثاني، الإجازة الفعلية، فلو قبض البائع المكره طائعاً ثمن المبيع أو سلم المبيع للمشتري طائعاً نفذ البيع المذكور أنظر المادة (٦٨). لأن الإكراه على البيع لا يستلزم الإكراه على تسليم المبيع ولان الاستحقاق في البيع يثبت بنفس العقد فلم يكن التسليم فيه داخلاً في الإكراه (أبو السعود). «فيه ان هذا في البيع الصحيح أما في الفاسد فلا بد من القبض» ولهذا قلنا إن من ادعى أنه كان مكرهاً على البيع وأراد استرداد المبيع من يد المشتري لا تسمع دعواه ما لم يدع أنه كان مكرهاً على التسليم (الهندية في الباب الأول من الإكراه).

لكن لما كان الإكراه على الهبة والصدقة مستلزماً الإكراه على تسليم الموهوب، كما هو موضح في شرح المادة (٨٦)، فإذا وهب مكرهاً وسلم الموهوب في حضور المجبر فلا تنفذ الهبة. لأن مقصود المجبر هو استحقاق الموهوب لا لفظ الهبة. والاستحقاق في الهبة بالتسليم، بمقتضى المادة (٨٣٧). فكان التسليم في الهبة داخلاً في الإكراه (أبو السعود، والهداية، ورد المحتار). هذا إذا كان المكره حاضراً وقت التسليم أما إذا لم يكن حاضراً فالإكراه على الهبة لا يكون اكراهاً على التسليم (أبو السعود، رد المحتار).

أما إذا لم يقبض المكره ثمن المبيع طائعاً بل قبضه مكرهاً أو إذا لم يسلم المبيع طائعاً بل سلمه مكرهاً فلا يلزم البيع بسبب عدم الرضا، فله بعد زوال الإكراه أن يرد هذا الثمن ويسترد المبيع، وإذا تلف الثمن في يد البائع فلا يلزمه ضمان، لأنه أخذه بإذن المشتري، والقبض إذا كان بإذن المالك فإنما يجب الضمان إذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه لكونه مكرهاً على قبضه فكان أمانة (الدرر).

يوجد بين بيع المكره وبين البيع الفاسد فروق على أربع صور (أبو السعود).

١ ـ يجوز بيع المكره بالإجازة القولية والفعلية، يعني أن البيع المذكور ينقلب بالإجازة إلى الصحة، مع إن البيع الفاسد لا يجوز بإجازة كهذه، لأن الفساد في البيع الفاسد **ناشئ** عن حق الشرع، أما فساد بيع المكره **فناشئ** عن حق العبد.

٢ ـ تنقض التصرفات القابلة للنقض، كبيع المشتري الذي اشترى من المكره المبيع من اخر وتسليمه اياه، ولو وقع تداول الأيدي، والواقع أنه وإن ذكر في المادة (٣٧٢) إن المبيع الذي بيع بيعاً فاسداً إذا باعه المشتري من آخر بيعاً صحيحاً فلا يبقى حق الفسخ وعليه فإن بيع المبيع الذي أكره على بيعه وتداولته الأيدي فلا يسقط حق الفسخ. لأن الاسترداد في بيع المكره عن حق العبد وحق المكره لما كان مساوياً لحق المشتري فلا يستدعي وجود الحق الثاني بطلان الحق الأول، أما الاسترداد في البيع الفاسد فيما أنه عن حق الشرع وقد تعلق به بالبيع الثاني حق العبد، فحق العبد مقدم لحاجته عن حق الشرع لغنى الرب تعالى (الزيلعي، رد المحتار).

٣ ـ إذا تصرف مشتري المال المبيع فيه لا يمكن معه نقض البيع وفسخه فالمالك مخير إن شاء ضمن المجبر، يعني إذا كان المبيع من المثليات يأخذ مثله وإذا كان من القيميات يأخذ قيمته وقت تسليمه (عبد الحليم). وإن شاء ضمن المشتري، وإذا اختار تضمين المشتري فيه أن يضمنه قيمته يوم قبضه اياه وله أن يضمنه قيمته وقت احداثه الحال الغير قابل للنقض (البزازية) لأنه قد أفسد على المال بهذا الإحداث حق استرداده. وفي كون المكره مخيراً في التضمين نظر له حيث يختار لأكثر عند التفاوت (عبد الحليم) أما المشتري الذي يشتري مالاً شراء فاسداً فيضمن قيمته يوم قبضه كما هو مذكور في المادة (٣٧١) (رد المحتار).

٤ ـ الثمن الذي في يد المكره على البيع أمانة، لأن البائع قد قبض الثمن المذكور بإذن المشتري، كما ان المبيع الذي في يد المكره على الشراء أمانة أيضاً، لأن المشتري قد أخذ المبيع المذكور بإذن البائع. ومتى كان القبض بإذن المالك فلا يلزم ضمان ما لم يكن للتملك. بناء عليه لو تلف الثمن والمثمن بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم ضمان بناء على المادة (٧٦٨) ويلزم الضمان المشتري في البيع الفاسد، كما هو مصرح في المادة (٣٧١)، أما بيع المكره إذا اشترى المشتري مكرهاً مالاً من أحد ولم يكن البائع مكرهاً على البيع وتلف المبيع في يده بلا تعد ولا تقصير فلا يلزمه ضمان (رد المحتار، الدرر).

صور ثلاث في الإكراه على البيع:

توجد ثلاث صور في الإكراه على البيع باعتبار المكره.

١ ـ كون البائع مكرهاً فقط.

٢ ـ كون المشتري مكرهاً فقط.

٣ ـ كون البائع والمشتري مكرهين معاً.

وبما أن احكام هذه الصور مختلفة، فإليك الإيضاح فيما يلي:

تجري الأحكام الآتية إذا كان البائع مكرهاً فقط:

أولاً، لو أكره أحد على البيع بألف قرش فضة وباعه بما قيمته ألف قرش من النقود الذهبية يكون مكرهاً على البيع لأن الدراهم والدنانير معدودة في التجارة كجنس واحد، أما لو باع في هذه الصورة بأقل من ألف قرش من العروض والمكيل والموزون جاز. لأن ذلك من جنس غير الجنس الذي أكره عليه فلو أكره على البيع بألف قرش وباع بما قيمته ألف من العروض أو الحيوانات نفذ البيع (الهندية في الباب الأول والطوري).

ثانياً، لو أكره على أن يبيع بيعاً جائزاً وباع بيعاً فاسداً كان البيع بيع اكراه. أما بالعكس، أي لو اكرهه على أن يبيع بيعاً فاسداً فباع بيعاً صحيحاً، جاز البيع وإليك الفرق: إذا باع المكره على البيع الفاسد بيعاً صحيحاً يكون قد اجرى عقداً لم يكره على اجرائه لأن البيع الصحيح يفيد احكاماً لا يفيدها البيع الفاسد. أما لو أكره على البيع الصحيح فباع بيعاً فاسداً يكون قد أجرى العقد، الذي أكره عليه، على صورة أنقص (**الطوري**).

ثالثاً، لو أكره على بيع نصف داره مقسوماً، فباع الكل، لا يجوز استحساناً (الهندية في الباب الأول).

رابعاً، إذا عقد البائع عقد البيع وهو مكره دون المشتري، كان البائع مخيراً إذا تلف المبيع ولم يمكن استرداده، له أن يضمن المجبر البدل لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف (أبو السعود) فصار كأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب (الطوري) لهذا أن يرجع ببدل الضمان على المشتري، لأنه قبضه بعقد فاسد، فيكون عليه مضموناً، فالمجبر كالغاصب وله تضمين المشتري لأن المشتري كغاصب الغاصب (الدرر بتغيير). وإذا كان المشتري ضامناً فليس له الرجوع على المجبر (الشرنبلالي). لأنه ملكه بالشراء، والقبض، غير أنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره من الفسخ، فإذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كسائر البيوعات الفاسدة (**الطوري**) وعلى هذا التقدير ينفذ كل شراء يقع بعد ذلك لأنه لما كان يملك الإداء بالضمان فيكون بيعه لماله ظاهراً أما الشراء الواقع قبل ذلك فلا ينفذ. لأنه إذا ضمن لم يسقط حقه، لأن أخذ القيمة كاسترداد العين، فتبطل البياعات التي قبله ويكون أخذ الثمن استرداداً للمبيع (الطحطاوي). بخلاف ما لو أجاز المالك المكره عقداً منها «ولو كان المجاز هو الأخير» حيث ينفذ ما كان قبله وبعده لأن المانع من النفاذ حقه فيعود الكل جائزاً وفي هذه الصورة لو ضمن المشتري الأول نفذت جميع البيوع والفرق بين الإجازة والتضمين أنه إذ ضمن فأخذ القيمة صار كأنه استرد العين فتبطل البياعات التي قبله بخلاف أخذ الثمن لأنه ليس كأخذ العين بل إجازة فافترقا. بخلاف مالو أجاز المالك في بيع الفضولي واحداً من الأشرية، حيث يجوز ما أجازه خاصة، لأنه باع ملك غيره وقد ثبت بالإجازة لأحدهم ملك بات فأبطل الموقوف لغيره، وفي الإكراه كل واحد باع ملكه لثبوت الملك بالقبض فيه والمانع من نفوذ الكل حق الإسترداد، فإن أسقط المالك نفذ الكل. فإن قيل ما الفرق بين إجازة المكره وإجازة المغصوب منه، فإنه إذا أجاز بيعاً من البيوع نفذ ما أجازه خاصة: أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على إجازته المصادفة ملكه فتكون إجازته أحد البيوع تمليكاً للعين من المشتري فلا ينفذ ما سواه، وأما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادفه ملكه فلهذا نفذت البيوع كلها بإجازة عقد منها (العناية، والتبيين، وأبو السعود، والدرر، والشرنبلالي).

مثلاً لو باع أحد ماله من آخر وسلمه اياه مكرهاً، باعه هذا من شخص غيره وسلّمه اياه، وباعه هذا من رجل آخر وسلمه اياه، فلو ضمن صاحب المشتري الأول صح شراء الأول والثاني والثالث أما لو ضمن المال المذكور المشتري الثاني فشراء الثاني والثالث، وإن كان صحيحاً، فشراء الأول ليس بصحيح

لعدم دخوله في ملك غيره قبل التضمين حتى يملكه (مجمع الأنهر). فيرجع المشتري الضامن بالثمن على بايعه بخلاف ما إذا أجاز المالك إحدى البياعات حيث يجوز الجميع «ونظيره إجازة الشفيع لواحد من المشترين بعد تداول الأيدي في المبيع، عبد الحليم» ويأخذ الثمن من المشتري الأول لزوال المانع والإجازة لأن البيع كان موجوداً والمانع من النفوذ حقه، وقد زال المانع بالإجازة فعاد الكل إلى الجواز (مجمع الأنهر). وبخلاف ما إذا جاز المالك في بيع الفضولي واحداً من العقود، حيث يقتصر عليه لا يجوز سابقه ولا لاحقه (عبد الحليم، رد المحتار، مجمع الأنهر).

خامساً، إذا صودر أحد يعني إذا أريد أخذ نقوده ظلماً، فباع مالاً من آخر للحصول على المبلغ المطلوب منه نفذ لأنه لم يعين له بيع المال المذكور ولم يؤمر به، إذ يمكنه اداء ما طلب منه بالاستقراض ونحوه والحيلة أن يقول من أين أعطي ولا مال لي، فإذا قال بع كذا فقد صار مكرهاً فيه (رد المحتار، وأبو السعود).

سادساً، لو أكره أحد آخر على بيع ماله (أي مال المكره) وباعه ولم يكن المشتري مكرهاً جاز البيع لكن عهدة البيع تعود إلى المجبر. وإذا طالب البائع المشتري بالثمن بعد ذلك رجعت عهدة البيع عليه (الهندية في الباب الأول).

فائدة: لو ادعى أحد أنه باع هذا العقار، وسلمه مكرهاً باكراه معتبر، وطلب رده إليه، وأقام البينة على دعواه، فادعى المدعي عليه قائلاً: إن الأمر كما ذكرت ولكنك بعد ذلك قد بعته عن طوع ورضا، أقام البينة على ذلك، ترجح بينه المدعي عليه وتندفع دعوى المدعي وحق استرداد البائع (الأنقروي). وإذا كان المشتري وحده مكرهاً تجري الأحكام الآتية:

أولاً، لو اشترى الشخص الذي أكره على شراء مال يساوي ألف قرش بعشرة آلاف قرش وبأكثر من عشرة آلاف قرش صح (الهندية في الباب الأول).

ثانياً، لو اشترى المشتري مالاً وقبضه وهو مكره دون البائع كان المبيع في يده أمانة. وعليه إذا تلف في يده بلا تعد ولا تقصير فلا يلزمه ضمان (رد المحتار). وللبائع والمشتري في هذه الصورة الفسخ قبل القبض، لكن بعد القبض للمشتري الفسخ فقط. جاء في «القهستاني» ولو كان المشتري مكرهاً صح الفسخ للكل قبل القبض وأما بعده فللمشتري، والحكم في الإكراه على أخذ المال على هذا المنوال أيضاً، فلو ان المكره على أخذ المال أخذ المال بنية رده إلى صاحبه كان أمانة في يده ولا يلزمه ضمان إذا تلف بلا تعد ولا تقصير وإنما يلزم الضمان في هذه الصورة المجبر. كذلك لو أكره أحد آخر على أن يأخذ مال عمرو ويعطيه لزيد وأخذه ذلك الشخص بنية أن يعطيه مؤخراً لصاحبه وتلف المال في يده قبل أن يعطيه لزيد فلا يلزمه ضمان. أما إذا لم يأخذه على هذه النية فيلزمه الضمان. وعليه لو أقر المكره بأنه قد قبض المال على أن يكون له، فصاحب المال مخير إن شاء ضمن المكره لكونه يلزمه الضمان وإن شاء ضمن المجبر أنظر المادة (٢) وشرحها.

وإذا اختلف المالك والمكره في هذه الحال في النية، فالقول مع اليمين للمكره. لأنه ينفي الضمان

عن نفسه وعنده قرينة على صدقه وهي إكراهه (الطحطاوي) وصورة اليمين: إنه ما أخذه ليدفعه إليه طائعاً وما أخذه إلا ليرده على صاحبه إلا أن يكره على دفعه (الطحطاوي، مجمع الأنهر قبيل الحجر) ومثله لو أكره على قبول الوديعة أو الهبة وقال قبضتها لأردها إلى مالكها كما في الخانية (رد المحتار).

ثالثاً، لو أكره أحد على أن يشتري مال آخر للمجبر، وشراء المكره للمجبر برضا البائع جاز الشراء وكان المتاع للمجبر، لكن لا يطالب المشتري بتسليم الثمن لأن عهدة الشراء ليست عليه. إلا أنه إذا طلب المشتري بعد ذلك تسليم المبيع رجعت عهدة البيع عليه ويطالب بتسليم الثمن (الهندية في الباب الأول).

وإذا كان كل من البائع والمشتري مكرهاً تجري الأحكام الآتية:

أولاً، إذا أكره البائع والمشتري على البيع والشراء والتقابض وفعلا ذلك مكرهين وأجاز أحدهما البيع بعدئذ جاز من طرفه، وبقي الثاني مخيراً. وإذا أجاز الإثنان غير مكرهين جاز (الهندية في الباب الأول).

ثانياً، لو أكره على أن يبيع ماله من آخر، وأكره هذا على الشراء منه وأكرها على التقابض وأقام كل منهما على الآخر دعوى التضمينات لوقوع العقد والتقابض على الوجه المذكور، وتلف المبيع في يد المشتري والثمن في يد البائع، فيسأل كل من المتبايعين: لأي شيء قبض ما قبض، وفي ذلك ثلاث صور.

الصورة الأولى، إذا قال كل منهما إنني قبضت الثمن أو المبيع لنفسي بناء على ذلك البيع الذي وقع بالجبر عني، جاز البيع ولزم، ولا يلزم المجبر شيء.

الصورة الثانية: أن يقول كل منهما إنني قبضت مكرهاً على أن أرده لصاحبه واسترد منه ما أخذه مني، ويصدقه الآخر أو لا يصدقه، فلكل على الآخر اليمين على صاحبه، فإذا حلف كل لكل فلا يضمن أحدهما للآخر شيئاً.

الصورة الثالثة، نكول أحدهما عن اليمين بناء على تكليفه به على الوجه المذكور ففي هذه الصورة ينظر فإذا كان الناكل هو المشتري فللبائع أن يضمن من أراد من المشتري والمجبر والمبيع. لأن لكل واحد منهما دخلا في هلاك ماله، واحد منهما بالذات وواحد آخر بالواسطة (مجمع الأنهر).

وعليه فإذا ضمن المجبر فللمجبر أن يرجع على المشتري ببدل الضمان لأنه بإداء الضمان ملكه. قام مقام المجبر فيكون مالكاً له من وقت وجود السبب بالاستناد (مجمع الأنهر بتغيير) أما إذا ضمن المشتري فكما أنه ليس له أن يرجع على المجبر ببدل الضمان فليس له أن يرجع بالثمن على البائع. وإذا كان الناكل هو البائع فللمشتري أن يضمن المجبر الثمن الذي أعطاه وهذا يرجع على البائع. وإذا ضمن البائع الرجوع على المجبر (رد المحتار، الهندية في الباب الثاني).

٢ ـ الشراء: لو أكره أحد آخر على شراء ثوب هذا الرجل بكذا قرشاً، وشراه مكرهاً، فلا يصح شراؤه وله أن يرد لذلك الرجل ثوبه ويسترد منه نقوده (النتيجة) وقد بين آنفاً بعض أحكام الشراء الذي يقع والمشتري مكره فقط أو والمشتري والبائع مكرهان.

٣ ـ الإيجار: لو أكره أحد متولياً على وقف إيجار حمام لذلك الوقف من آخر، بأجر المثل، وآجر المتولي مكرهاً لا يصح، أنظر المادة (٤٤٨) النتيجة.

٤ ـ الاستئجار: لو استأجر أحد مال آخر بإكراه ملجىء أو غير ملجىء يكون ذلك الشخص مخيراً بعد زوال الإكراه إن شاء فسخ وإن شاء أجاز، أنظر المادة (٤٤٨).

٥ ـ الهبة: تجري الأحكام الآتية في الهبة بإكراه.

أولاً، يلزم في الهبة رضا الواهب، كما ذكر في المادة (٨٦٠)، فليست الهبة التي تقع بالجبر والإكراه صحيحة ولما كان الإكراه على الهبة يستلزم الإكراه على التسليم، فلو وهب مكْرهاً وسلم طائعاً، فلا تصح الهبة ما لم يقبض المكره العوض طائعاً ويقبله، وحينئذ يكون قد أجاز الهبة الواقعة بإكراه (الأنقروي، رد المحتار).

مثلاً لو أكره الزوج الزوجة على أن تهبه مهرها بتهديده اياها بالضرب، وكان قادراً على الضرب، فلا تصح الهبة، وعلى هذا التقدير لو ادعي الزوج الهبة وكلفت الزوجة باليمين بناء على إنكارها اياها فتطلب الزوجة إلى الحاكم أن يسأله هل يدَّعي الهبة باختيار أو بإكراه فلو قال الزوج (أدَّعي الهبة باكراه) ترد دعواه، وإن قال (أدَّعي الهبة باختيار) فتخلص الزوجة بحلفها اليمين على أنها لم تهب بدون إكراه (أبو السعود العمادي) يعني تطلب البينة من زوجها على أنها وهبته اياه طوعاً، فإذا عجز تحلف الزوجة على أنها لم تهبه طوعاً، فإن فعلت حكم لها بالمهر (من المحل المزبور). ولو أكره على أن يهب لرجل هذا المال فوهب وسلم وغاب الموهوب له بحيث لا يقدر عليه، كان للواهب أن يرجع على المجبر بقيمة ذلك المال وكذلك في الصدقة (صرة الفتاوى بتغيير).

ثانياً، لو منع الرجل زوجته المريضة من الذهاب إلى بيت أبيها إلا أن تهبه مهرها فلا تصح الهبة. كذلك لو قال رجل لابنته، بعد أن زوجها من أحد، انني امتنع من زفافك إلى زوجك ما لم تقري بأنك أخذت كل ميراثك عن والدتك، ومنعها بالفعل فأقرت بذلك فإقرارها غير صحيح، لأن البنت في هذا في حكم المكرهة، والبيع والشراء والإجارة كالإقرار والهبة في هذا الحكم وكل ولي مقتدر على المنع في الأحكام المذكورة كالأب، كما هو مشاهد في ديارنا من أخذ مهورهن كرهاً عنهن حتى من ابن ابن العم وإن بعد وإن منعت اضر بها أو مثلها (رد المحتار).

ثالثاً، لو أكره صاحب المال على هبة ماله هذا لهذا الرجل وبعد أن قبل الرجل المال وقبضه مكرهاً أيضاً، فإذا ادعى أنه أخذ ذلك المال ليكون في يده أمانة، فالقول له مع اليمين أما لو قال إنني أخذته على وجه الهبة حتى يبقى لي، فلصاحب المال تضمين المجبر وله تضمين المكره، يعني الموهوب له، وإذا ضمن المجبر فيرجع هذا أيضاً على الموهوب له (الهندية في الباب الثاني).

رابعاً، لو أكره أحد آخر على هبة ماله لآخر ووهبه هذا إلى غيره فالهبة في حق الموهوب له الأول هبة مكره وفي حق الثاني هبة صحيحة (البزازية).

خامساً، إذا قبض الموهوب له الموهوب في الهبة التي تقع بالإكراه صار مالكاً له. لكن تنقض

تصرفاته القابلة للنقض ويرد المال الموهوب للواهب أما ما ليس بقابل للنقض من التصرفات فلا ينقضها المكره وله أن يضمن المجبر قيمة المال يوم تسليمه للموهوب له. وله أن يضمن الموهوب له. ومتى اختار تضمين الموهوب له فيضمنه إن شاء قيمته وقت قبضه وإن شاء ضمنه قيمته وقت احداثه الحال الذي أصبح فيه غير قابل للنقض (البزازية).

سادساً، لو أكره الرجل على أن يهب نصف داره غير مقسوم، أو لم يسم له مقسوماً ولا غيره، وأكره على التسليم فوهب وسلم الدار كلها فهو جائز، لأنه أتى بغير ما أكره عليه. أما لو أكره على هبة نصف داره مقسوماً أو على هبة بيت من بيوته فوهب الكل لم يجز (الهندية في الباب الأول) ويلزم أن يبين فرق بين هاتين المسألتين.

سابعاً، لو أكره على الهبة فتصدق، أو على الصدقة فوهب، جاز لأن الهبة غير الصدقة.

ثامناً، لو أكره على الهبة والتسليم، فوهب في مقابل عوض، وحصل التقابض بين المتعاقدين جاز.

تاسعاً، أذا أكره على الهبة والتسليم وأعطى الموهوب له للواهب عوضاً بلا إكراه بعد ان وهبه وسلمه للموهوب جازت الهبة.

٦ ـ فراغ الأراضي والأوقاف لو أكره أحد آخر اكراهاً معتبراً على فراغ الأراضي الأميرية والأراضي الموقوفة التي في عهدته لأحد لا يلزم ولا ينفذ حتى انه لو تفرغ أحد لآخر عن الأراضي المذكورة فله الصلاحية في دعوى الإكراه، فلو توفي المكره فلورثته الذين لهم حق الانتقال الصلاحية في دعوى الإكراه. كذلك لا يعتبر فراغ عرصة الوقف بالإكراه المعتبر (الفتاوى الجديدة). لكن الذي يتفرغ مكرهاً إذا تفرغ بالعقار المفروغ له بعد زوال الإكراه صح، وصار كأنه قد أجاز الفراغ الذي وقع وهو مكره.

٧ ـ الصلح عن مال: إذا كان لأحد دعوى على آخر وكان المدعى عليه منكراً فأكرهه المدعي على الصلح وصالحه المنكر مكرهاً فلا يصح الصلح. لكن لو وقع بعد ذلك الصلح مختاراً وسلمه بدل الصلح طوعاً نفذ (البهجة).

٨ ـ لا يعتبر الإقرار الذي يقع بإكراه. فلو أكره أحد آخر على أن يقر بأنه مدين لزيد بكذا قرشاً أو أن يقر بعقد من العقود فيكون ذلك المكره مخيراً بعد زوال الإكراه، إن شاء أجاز، أي يقول إنني كنت صادقاً في اقراري، وإن شاء فسخ، يعني أن يقول إنني كنت كاذباً في اقراري (منلا مسكين، عبد الحليم، الطحطاوي). لأن الإقرار خبر يحتمل الصدق والكذب. أما الإكراه فيرجح جهة الكذب (البزازية)، وعليه فالإقرار في حال الاختيار حجة وبهذا السبب يترجح جانب الصدق، أما حال الإكراه فليس بحجة، لهذا يرجح جانب الكذب عند الإكراه (أبو السعود).

لا يعتبر الطلاق الذي يقر به بالإكراه فلو أكره على أن يكتب على قرطاس (امرأته طالق، أو امرها بيدها) لم يصح الإقرار ان نوى الطلاق أو لم ينو (صرة الفتاوي).

كذلك لا يعتبر الرضاع الذي تقر به المرأة مكرهة، أما الطلاق الذي يقع بالإكراه والرضاع الذي تكره عليه المرأة فمغيران ويثبت حكمها (عبد الحليم بإيضاح) وقد مر إيضاحه آنفاً.

والإقرار بالدين لو ادعى أحد أن له في ذمة فلان كذا قرشاً وإنه قد قر له بذلك وأعطاه سنداً معنوناً ومرسوماً، فدفع المدعي عليه الدعوى بقوله قد كنت مكرهاً على اعطاء ذلك السند واثبت دفعه هذا، فليس للمدعي أن يأخذ منه شيئاً (علي افندي) لو أكره على أن يقر لرجل بمال فأقر وأخذ الرجل المال وغاب عنه بحيث لا يقدر عليه أو مات مفلساً، كان للمكره أن يرجع بذلك على المكره (صرة الفتاوى، الهندية في الباب الرابع).

الإقرار باستيفاء الميراث: لو منع ولي كالأب المرأة من أن تزف إلى زوجها، وقال لها إذا لم تقري باستيفاء ما بقي لك من ميراثك عن والدتك فلا أسمح بزفافك، وأقرت باستيفائها ذلك، فلا يكون الإقرار صحيحاً (رد المحتار).

الإقرار بالبلوغ، لو أكرهت الصغيرة، البالغة من العمر عشر سنوات، على أن تقر بأنها قد أصبحت بالغة، وأقرت وهي مكرهة، كان اقرارها باطلاً (علي أفندي).

الإقرار بالكفالة، لو أقر أحد بالكفالة وهو مكره على ذلك اكراهاً معتبراً فإقرار المذكور ليس بمعتبر (التنقيح).

الإقرار بالنقصان والزيادة، لو أكره أحد على الإقرار بألف قرش، وأقر بخمسمائة، فليس الإقرار معتبر لأنه مكره على الألف وعلى ابعاضها، أما لو أقر بألفي قرش فإنما يعتبر الألف لأن الألف الأول أكره عليه فلم يلزمه، والألف الثاني لم يدخل تحت الإكراه وإنما ابتدأه باختياره فلزمه (الجوهرة، البزازية).

الإقرار للمجبر ولغيره: لو أكره أحد على الإقرار بشيء للمجبر فأقر للمجبر وللغائب، فالإقرار غير معتبر عند أبي يوسف سواء اعترف الغائب بالشركة أم لم يعترف. لكن الإقرار غير معتبر عند الإمام محمد إذا اعترف الغائب بالشركة أما إذا أنكر الشركة فالإقرار جائز بالنظر إلى حصة الغائب فقط (البزازية، الهندية في الباب الرابع).

الإقرار بخلاف الجنس: لو أكره على الإقرار بدراهم فأقر بدنانير أو بجنس آخر كان الإقرار صحيحاً ولو وجد عنده دراهم بقيمة المقر به (البزازية، الجوهرة، والهندية في الباب الأول من الإكراه) وإن أقر له بنصف غير ما أكرهوه عليه من المكيل والموزون فهو طائع فيما أقر به (الهندية في الباب الرابع).

الإقرار بالسرقة: لو سرقت دار أحد فاتهم بعض من ليسوا مظنة للتهم وأقروا بالسرقة بالتعذيب المخالف للشرع الشريف فلا تثبت السرقة (أبو السعود العمادي). ومن المشايخ من قال بصحة الإقرار بالسرقة مكرهاً (هامش الأنقروي).

الهبة بالإكراه على الإقرار؛ لو أكره أحد على الإقرار بألف قرش لآخر، فوهبه اياه جازت الهبة (الهندية في الباب الأول).

الإقرار بالنكاح والطلاق والرجعة: لو أكره أحداً إكراهاً معتبراً على الإقرار بطلاق أو نكاح أو حق لم يقع، كان الإقرار المذكور باطلاً (الهندية في الباب الرابع).

الإقرار بالحد والقصاص: لو أقر أحد بإكراه معتبر بما يوجب الحد والقصاص كان اقراره باطلاً.

الإقرار بالغصب والإتلاف والوديعة: لو أكره أحد اكراهاً معتبراً على الإقرار بكونه غصب مال أحد أو أتلفه أو أخذه منه وديعة فلا يصح.

الإقرار بعدم التزويج، لو أكره أحد على الإقرار بكونه لم يتزوج هذه المرأة، وليس له شهود على الزواج، كان اقراره باطلاً. لأن الإكراه دليل على أنه كاذب فيما أقر به، فلا يمنع ذلك قبول بينة على ما يدعي من النكاح (الهندية في الباب الرابع).

٩ ـ الإبراء: لا يعتبر الإبراء والمبرئ مكره أيضاً. لأنه اقرار بفراغ الذمة، وقد مر أن الإقرارات غير صحيحة (القهستاني) سواء أكان الإبراء من الدين أم ابراء من الكفالة بالنفس أو الكفالة بالمال (رد المحتار) وفي هذه الصورة يصبح المكره بعد زوال الإكراه مخيراً، فإن شاء أمضى الإبراء ونفذه، وإن شاء فسخه (الطحطاوي، القهستاني).

مثلاً لو أكره أحد على ابراء مدين من الدين الذي عليه، والكفيل بالنفس من كفالته، فلا يكون الإبراء المذكور معتبراً، لأن البراءة لا تصح مع الهزل، لأنها اقرار بفراغ الذمة فيؤثر فيها الإكراه (الدر المختار، ورد المحتار).

١٠ ـ تأجيل الدين: لو كان لأحد في ذمة آخر دين من ثمن مبيع، فأكره على تأجيل ذلك الدين سنة فأجله السنة فلا حكم للتأجيل.

١١ ـ قبول الوديعة: لو أكره أحد على قبول وديعة اكراهاً معتبراً، فقبلها هو على هذه الصورة، بعد أن تلف في يده ظهر لها مستحق، فللمستحق أن يضمن المودع المجبر (الأنقروي، الحموي في الباب الثاني).

١٢ ـ قبول الحوالة والإحالة: لو قبل أحد مكرهاً اكراهاً معتبراً أن يحيل على غيره أو أن يحال عليه لا يعتبر (رد المحتار) فلو ادعى المحال له ان الحوالة قد وقعت بإكراه معتبر وأثبت دعواه يأخذ دينه من المحيل، أنظر شرح المادة (٦٨٥).

١٣ ـ اسقاط الشفعة: لا يعتبر اسقاط الشفعة الذي يقع مع الإكراه. يعني لو أكره الشفيع على تسليم الشفعة بعد أن طلبها طلب المواثبة فسلم الشفعة فلا تسقط الشفعة (عبد الحليم) كذلك لو علم الشفيع بالبيع وأراد طلب المواثبة فأكره على عدم الطلب وعدم التكلم بذلك فلم يستطع الطلب مدة يوم أو أكثر وطلب الشفعة عند زوال الإكراه حالاً فلا تبطل، أما إذا لم يطلب الشفعة عند زوال الإكراه حالاً بطلت شفعته (الدر المختار، رد المحتار، الطحطاوي).

١٤ ـ قبول الكفالة: لو أكره أحد على كفالة الدين على أحد، وكفل به مكرهاً فلا يؤاخذ بهذه الكفالة (التنقيح).

١٥ ـ الوقف: لو أكره أحد على أن يقف الجهة الفلانية من ملكه بكذا قرشاً ووقف المكره ذلك كان الوقف غير صحيح.

١٦ ـ الوكالة: لو أكره أحد على توكيل آخر ببيع بعض أمتعته فلا يعتبر، حتى إنه لو باع الوكيل تلك الأمتعة من شخص وسلمه اياها، فادعى المكره أنه قد كان في التوكيل المذكور مكرهاً إكراهاً معتبراً وأثبت دعواه، فله استرداد أمتعته إذا لم يجز البيع (علي افندي) وإذا تلفت تلك الأمتعة في يد

ذلك الشخص فلصاحبها أن يضمن من أراد من المجبر والوكيل والمشتري، إذا كان المشتري، والوكيل غير مكرهين فإذا ضمن المشتري فليس له حق في الرجوع على احد بالقيمة وإنما له الرجوع على الوكيل بالثمن، وإذا ضمن الوكيل رجع أيضاً على المشتري بالقيمة والمشتري يرجع عليه بالثمن. فيتقابضان ويستردان الفضل. وإذا ضمن المجبر فله الرجوع على المشتري أو على الوكيل (رد المحتار، الهندية في الباب الثاني).

كذلك لو أكره أحد على توكيل آخر بفراغ أراضيه الأميرية لأحد وتفرغ بها فلا يعتبر (التنقيح).

مستثنى: يستثنى التوكيل بالطلاق. مثلاً لو أكره أحد على توكيل وكيل بطلاق زوجته، ووكله على هذه الصورة، طلق الوكيل زوجته وقع الطلاق استحساناً (أبو السعود) لأن نفس الطلاق يصح مع الإكراه فكذا التوكيل (التنقيح). وعليه فإذا كان الطلاق قبل الدخول فللزوج الرجوع بنصف المهر على المجبر (الهندية في الباب الثاني).

١٧ - الرهن، لو أكره أحد زوجته على رهن مال لها عند أحد في مقابل مال استقرضه منه، فلا يعتبر هذا العقد، وللزوجة استرداد المال المرهون (التنقيح).

وقد بين بعض المعاملات التي لا تصح مع الإكراه في متن هذه المادة وشرحها، وبما أنها لا تنحصر في هذا العدد، فلنبين القاعدة الآتية للمعاملات التي لا تصح مع الإكراه وإليكها: كل عقد وتصرف لا يصح ويكون باطلاً مع الهزل فلا يصح ولا يعتبر مع الإكراه الملجئ أو غير الملجئ (التنقيح) كما قد ذكر في صدر المادة.

﴿مادة ١٠٠٧﴾ - (كما أن الإكراه الملجئ يكون معتبراً في التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة كذلك في التصرفات الفعلية. وأما الإكراه غير الملجئ فيعتبر في التصرفات القولية فقط ولا يعتبر في التصرفات الفعلية. فعليه لو قال أحد لآخر اتلف مال فلان وإلا أقتلك أو أقطع أحد أعضائك فأتلف ذلك يكون الإكراه معتبراً ويلزم الضمان على المجبر فقط وأما لو قال أتلف مال فلان وإلا أضربك أو أحبسك وأتلف ذلك فلا يكون الإكراه معتبراً ويلزم الضمان على المتلف فقط حيث كان ذلك مما يحتمل عادة).

فالتصرفات القولية كالبيع والشراء والهبة، والتصرفات الفعلية كإتلاف مال الغير.

تحتوي هذه المادة على أربعة أحكام، الحكم الأول هو أن الإكراه الملجئ معتبر في التصرفات القولية وما جاء في المادة الآنفة وشرحها من التصرفات القولية أمثلة على ذلك وهذا الحكم أصل تتفرع منه المادة الآنفة.

الحكم الثاني، الإكراه الملجئ معتبر في التصرفات الفعلية وتتفرع منه فقرة (بناء عليه لو قال أحد لآخر أتلف مال.. الخ).

الحكم الثالث. الإكراه غير الملجىء معتبر في التصرفات القولية وما جاء في المادة الآنفة وشرحها جميعه من التصرفات القولية، وهذا الحكم الثالث أصل أيضاً والمادة الانفة فرع لها

الحكم الرابع، لا يعتبر الإكراه غير الملجئ في التصرفات الفعلية، وتتفرع من هذا الحكم الرابع فقرة (وأما لو قال أتلف مال فلان . . الخ).

ويفهم من هذه الإيضاحات أن نصف الأحكام المذكورة في هذه المادة أصل للمادة الآنفة كما أن النصف الباقي أصل للفروع الآتية.

بناء عليه لو قال أحد لآخر أتلف مال فلان بالأكل أو بصورة أخرى وإلا أقتلك أو أقطع أحد أعضائك وأتلف ذلك ففي هذا الإتلاف رخصة لأنه يباح اتلاف مال الغير للضرورة كما في المخمصة والإكراه الملجئ أيضاً ضرورة، وعليه يكون الإكراه المذكور معتبراً ويلزم الضمان على المجبر فقط، لأن المكره يكون آلة للمجبر والحامل في الأمور التي يصلح أن يكون لها آلة والإتلاف واحد من تلك الأمور أيضاً كما لو دفع المجبر المكره على ذلك المال فسقط عليه وأتلفه (الدرر والمجمع الأنهر).

وإذا كان المكره عليه هو اتلاف مال واحد، فالحكم على الوجه المحرر آنفاً. وإذا كان المكره عليه هو اتلاف مال واحد من عدة اشخاص فلا بأس من أن يختار المكره أحدهما، فلو قال المجبر أتلف مال زيد هذا أو أتلف مال عمرو ذاك وأكرهه على الوجه المحرر آنفاً، فللمكره أن يتلف مال أيهما شاء، ولكن الأحب أنه يجب أن يتلف مال أغناهما، وإن تساويا في الغنى فيجب أن يتلف أقلهما مقداراً أو قيمة. وعليه فلو أتلف الأكثر يضمن المجبر المقدار الأقل والمكره الزائد عنه وإذا تساويا في الغنى وتساوى المالان قيمة، فيتلف مال أحسنهما خلقاً وأظهرهما جوداً (عبد الحليم).

كذلك لو أكره أحد آخر على قتل فلان أو اتلاف مال فلان، فله اتلاف المال، سواء أكان ذلك المال أقل من الدية أم أكثر، وليس له أن يقتل ذلك الرجل فإن فعل قوصص، لأن في المال رخصة عند الإكراه أما قتل النفس فلا رخصة فيه (الطحطاوي).

وهذه المسائل متفرعة من المادتين (٢٨، ٢٩) القائلتين «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً لارتكاب أخفهما» و«يختار أهون الشرين».

جاء في المجلة (مال فلان) وذلك ليس قيداًاحترازياً اريد به غير مال لمكره، حتى إن المجبر لو أكره أحداً على اتلاف مال نفسه اكراهاً ملجئاً وأتلفه لزم المجبر للضمان، مثلاً لو أكره أحد على أكل طعامه (أي طعام المكره) فأكله وهو شبعان، كان المجبر ضامناً، لأنه لم تحصل للآكل منفعة من أكل ذلك أما إذا كان الآكل جائعاً، وأكل طعامه بناء على الإكراه المحرر آنفاً، فلا يلزم المجبر ضمان، لأن المنفعة في ذلك للآكل. ولا خلاف في عدم الضمان إذا أكره الفاعل على لبس ثوب نفسه حتى تخرق، واختلفوا فيما إذا أكره على أكل مال الغير، فالضمان على الفاعل، كما في شرح الطحطاوي، أو على الحامل، كما في النتيجة، والمختار الأول، كما في عامة الشروح (رد المحتار، وأبو السعود المصري، وعبد الحليم).

لا يجوز اتلاف مال الغير بناء على الإكراه غير الملجيء، كما هو مبين في المجلة، ويثاب المكره إذا لم يتلف مال الغير الذي أكره على اتلافه. أنظر شرح المادة (١٠٠٢)،(الشرنبلالي). لأن أخذ مال الغير من المظالم، وحرمة الظلم لا تنكشف ولا تباح بحال (رد المحتار). والافعال التي تجوز مع الإكراه الملجئ، هي كاتلاف مال الغير، على ما هو مذكور في المجلة، وإلا فلا يباح قتل الآدمي وإتلافه، يعني لو أكره

أحد على قتل إنسان، فليس له قتله، ولو كان الإكراه ملجئاً . مثلاً لو قال أحد لآخر أقتل فلاناً، إن لم تقتله فإني قاتلك أو قاطع يدك، وخاف ذلك المكره أن يقتله المكره، فليس له قتل ذلك الرجل ولو قال ذلك الرجل للمكره أقتلني فدمي مباح لك (الجوهرة) وإن فعل يأثم ويستحق التعزير، ولا تجب دية المكره على المكره على القتل لو قتله الآخر دفعاً عن نفسه (صرة الفتاوى في الإكراه) أما من جهة الجزاء فالقتل عند الإمام الأعظم ومحمد رحمهما الله تعالى إذا كان عمداً يلزم المجبر القصاص. لأن المجبر هو الحامل ولا يلزم المكره سواء أكان المأمور، أي المكره، عاقلاً أم معتوهاً وبالغاً أو غير بالغ، وعلى الحالين يلزم المجبر القصاص. والمأمور كالآلة، والعقل والبلوغ غير معتبرين في حق الآلة، وإنما المعتبر يحقق الإلجاء، بخلاف الآمر فإنه إذا كان صبياً أو مجنوناً أو مختلط العقل لا يجب القصاص على أحد. لأن القاتل في الحقيقة هو هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه، لكن يجب على عائلته الدية، لأن عمدهما خطأ كما في المنع (عبد الحليم، مجمع الأنهر) لكن عدم لزوم قصاص المكره ولزومه أجبر هو في حال الإكراه الملجئ المذكور، وإذا كان الإكراه غير ملجئ لزم المكره القصاص دون المجبر «الهندية في الباب الثاني».

أما لو قال اتلف مال فلان وإلا أضربك أو أحبسك، وأتلف ذلك المال خائفاً من الضرب والحبس فلا يكون الإكراه معتبراً. ويلزم الضمان على المتلف فقط. لأن الإكراه غير الملجئ غير معتبر في التصرفات الفعلية.

الباب الثالث

في بيان الشفعة وينقسم إلى أربعة فصول

يلزم هنا العلم بالأحكام الآتية:

(١) - تعريف الشفعة

(٢) - سبب مشروعيتها

(٣) - سبب ثبوتها

(٤) - شرطها

(٥) - ركنها

(٦) - حكمها

(٧) - صفتها

تعريفها: قد صار إيضاحه في شرح المادة (٩٥٠).

سبب مشروعيتها: دفع ما ينشأ من سوء الجوار من الضرر على وجه التأبيد والقرار، كإيقاد النار واعلاء أجدار، وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار وإقامة الدواب والصغار.

وقد قيل: أضيق السجون معاشرة الأضداد (مجمع الأنهر) ويخرج بقيد (على وجه التأبيد) المنقول والعقار الذي يعار أو يؤجر. وعدم جريان الشفعة في المنقول ناشئ عن كون سوء المجاورة فيه ليست على وجه التأبيد، كذلك عدم ثبوت الشفعة في العقار المعار أو المأجور ناشئ عن هذا السبب أيضاً، لأن سوء المجاورة ينتهي في الإعارة والإجارة بفسخ الإعارة وختام مدة الإجارة، ولذلك خرج المستعير والمستأجر.

كذلك يخرج من قيد (على وجه القرار) العقار الذي يشتري شراء فاسداً، لأنه لما كان نقض البيع الفاسد واجباً لدفع الفساد فلا يكون سوء المجاورة فيه على وجه القرار (الكفاية بإيضاح ومجمع الأنهر).

سؤال - بما أن الضرر هذا موهوم، لأنه يجوز أن لا يعمل المشتري أحد الأضرار المذكورة وأخذ المبيع من المشتري جبراً ضرر محقق، أوليس من اللازم أن لا يعتبر الضرر الموهوم تجاه الضرر المحقق؟

الجواب - بما أن هذا الضرر غالب فيدفع قبل الوقوع. وقد قال الشاعر.

كم معشـــر سلمـوا لم يؤذهم سبـــع ... وما نرى أحداً لم يؤذه بشر (رد المحتار).

سؤال ثان: بما أن الشفيع يتضرر من المشتري الدخيل، والمشتري الدخيل يتضرر من الشفيع، فكان يجب أن يأخذ الدخيل دار الشفيع بدلاً من أن يأخذ الشفيع دار الدخيل؟

الجواب: إن تملك الشفيع أولى، لأن في ازعاج الشفيع، بإخراجه من خطة آبائه، ضرراً أقوى (الكفاية).

سبب ثبوتها: عبارة عن أشياء ثلاثة، ستبين في المادة الآتية.

شروطها تسعة وهي:

١ ـ عقد المعاوضة، وهذا عبارة عن البيع والهبة بشرط العوض التي بمعنى البيع أنظر المادتين (١٠٢١ و ١٠٢٢) وشرحهما.

٢ ـ أن تكون معاوضة مالية، فلو تصالحا عن جناية توجب القصاص بما دون النفس، على دار فلا تجري الشفعة في تلك الدار. أما إذا عقد الصلح على دار في الجنايات التي لا توجب القصاص، بل توجب الأرش، فتجري الشفعة فيها.

٣ ـ أن يكون المبيع عقاراً أو بمعنى العقار سواء أكان العقار قابلاً للقسمة كالبيت أم غير قابل للقسمة كالحمام والرحى، والبئر، والنهر، والعين، والدور الصغيرة.

أما في المبيع الذي ليس بعقار فلا تجري فيه الشفعة أصالة، كما سيفصل في المادة (١٠٠٧)

٤ ـ زوال ملك البائع من المبيع فإذا لم يزل فلا تجري الشفعة، كالبيع بشرط الخيار للبائع. وكذلك لا تجري الشفعة إذا كان الخيار للبائع والمشتري معاً. لكن لو أسقط البائع خياره تجري الشفعة اعتباراً من اسقاط الخيار، كذلك تجري الشفعة لو كان الخيار للمشتري فقط، ولو شرط البائع الخيار لمن سيكون شفيعاً، وأسقط الشفيع خياره وأجاز البيع، فالبيع جائز، ولا تكون لذلك الشخص شفعة بعد، أنظر المادة (١٠٠). كما لا يكون له شفعة إذا فسخ البيع، والحيلة في هذه الصورة أن لا يفسخ البيع لا يجيزه حتى يجيز البائع أو يلزم البيع بمرور المدة، وحينئذ تثبت شفعته، أما خُيار العيب وخيار الرؤية فلا يمنعان من وجوب الشفعة أنظر المادة (١٠٢٦).

٥ ـ زوال حق البائع من المبيع، بناء عليه لا تجري الشفعة في البيع الفاسد ما لم تحدث مؤخراً أسباب مانعة للبائع من فسخ البيع، فتجري بعد ذلك الشفعة، أنظر المادة (١٠٢٦).

٦ ـ كون الشفيع مالكاً العقار المشفوع به وقت البيع، ويشترط بقاء هذه الملكية إلى زمن الأخذ بالشفعة، ولما كانت الملكية شرط، فليس لساكن دار، إعارة أو اجارة، أن يدعي حق الشفعة بتلك الدار. كذلك لو باع الشفيع العقار المشفوع به أولاً ثم اشترى المشتري العقار المشفوع فلا يبقى لذلك الشفيع حق في الشفعة. وتبطل شفعة الشفيع لو أخرج المشفوع به من ملكه قبل حكم الشفعة وتسليم المشتري المشفوع بالرضا. كذلك لو جعل الشفيع عقاره المشفوع به مسجداً ووقع البيع فلا يظل ذلك العقار مشفوعاً به بعد.

وكذا لو أوصى أحد لآخر بعقار وقبل أن يعلم بذلك بيعت دكان بجانب ذلك العقار ثم بعد ذلك قبل الموصى له الوصية فلا شفعة له. لو مات قبل أن يعلم بالوصية ثم بيعت دار بجانبها فادعى الورثة شفعتها فلهم ذلك، لأن موته صار بمنزلة قبوله (الهندية في الباب الأول).

وبما أنه قد شرطت الملكية وقت البيع فلا تكون الملكية الحادثة بعد البيع سبباً للشفعة. فلو باع

البائع عقاراً للمشتري بيعاً فاسداً ولم يسلمه اياه، وبيعت دكان متصلة بذلك العقار، ثم بعد ذلك سلم العقار المذكور للمشتري، فليس لذلك المشتري أخذ تلك الدكان بالشفعة. لأن سبب الشفعة في تلك الدكان حدث بعد بيعها من آخر (الهندية في الباب الأول في موضعين مختلفين).

وبما أنه قد اشترط بقاء الملكية، فلو بيعت دكان في جنب العقار الذي بيع بيعاً فاسداً وقبض، فللمشتري أخذ الدكان بالشفعة. لكن لو استرد ذلك البائع العقار قبل الأخذ بالشفعة ونقل الملكية فلا يبقى شفعة للشفيع بعد. كذلك لو بيعت عرصة في جانب العقار الذي باعه بائعه بيعاً فاسداً ولم يسلمه، فللبائع أخذ تلك العرصة بالشفعة، لأن المبيع لم يزل في ملكه. ثم بعد ذلك لو سلم البائع العقار للمشتري قبل الحكم بالشفعة بطلت شفعته (الهندية في الباب الأول).

لو كان الطابق العلوي لأحد والسفلي لآخر، فبيع السفلي، وبعد أن ثبت لصاحب العلوي الشفعة في السفلي بمقتضى المادة (١٠١١) انهدم العلوي قبل أن يتملك السفلي بالشفعة، بطلت الشفعة على رأي الشيخين (الهندية في الباب الأول).

٧ - ظهور ملك الشفيع في المشفوع به بحجة مطلقة عند الإنكار وهي عبارة عن البينة وتصديق الخصم وهذا السابع هو شرط ظهور الحق وليس شرط ثبوت الحق. فلو أنكر المشتري كون العقار المشفوع به ملكاً للشفيع، فما لم يثبت الشفيع إن ذلك العقار هو ملكه، فلا يأخذ العقار المشفوع بالشفعة.

٨ - أن لا يكون العقار المشفوع وقت البيع ملكاً للشفيع فإذا كان ملكاً له فلا تجب الشفعة ولا تثبت، فلو كان أحد يملك دارين متجاورتين، فباع احداهما من آخره ثم جعل داره الأخرى مشفوعاً بها وادعى الشفعة، فليس له حق الشفعة، أنظر المادة (١٠٠).

٩ - عدم رضاء الشفيع بالبيع أو بحكم البيع صراحة أو دلالة، وعليه فإذا كان الشفيع راضياً بالبيع أو بحكم البيع صراحة أو دلالة فلا شفعة له.

الرضا دلالة، لو وكل مالك العقار المشفوع ببيعه وباعه، أو لو باع المضارب العقار الذي من مال المضاربة من آخر وقام رب المال مطالباً بالشفعة بعقار آخر، ففي هاتين الصورتين لا تثبت الشفعة سواء أكان في الدار ربح أم لم يكن فيها ربح (الهندية في الباب الأول).

الشرائط السائرة: لا يشترط في وجوب الشفعة اتحاد الدين، فكما يكون المسلم شفيعاً للمسلمة وغير المسلم لغير المسلمة فغير المسلم يكون شفيعاً للمسلمة، كما أن المسلم يكون شفيعاً لغير المسلمة كذلك لا يشترط في الشفعة الحرية، والذكورة، والعقل، والبلوغ، والعدالة.

بناء عليه تثبت الشفعة للنسوان والصبيان والمجانين. إلا أنه إذا ثبتت الشفعة للصبي القاصر كان الأشخاص الذين لهم حق التصرف في مال القصر، المذكورون في المادة (٩٧٤)، اخصاماً وإذا ثبتت الشفعة على الصبي كانوا أيضاً أخصاماً عنه **(الهندية في الباب الأول).**

ركنها: أخذ الشفيع المشفوع من أحد العاقدين (أبو السعود المصري، ومجمع الأنهر).

حكمها: عبارة عن جواز طلب الشفعة والتأكيد بعد الطلب وثبوت الملك للشفيع قضاء أو رضاء إذا تحقق السبب (التنوير، الهندية في الباب الأول).

صفتها: الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء المبتدأ. فعليه كل شيء يثبت للمشتري بدون شرط ـ كالرد بخيار الرؤية ـ يثبت للشفيع كذلك، وكل شيء لا يثبت للمشتري من غير شرط لا يثبت للشفيع من غير شرط (الهندية في الباب الأول). كخيار الشرط. وعليه لا يثبت خيار الشرط للشفيع وإن كان المشتري مخيَّراً بخيار الشرط.

الفصل الأول

في بيان مراتب الشفعة

﴿مادة ١٠٠٨﴾ ـ (أسباب الشفعة ثلاثة الأول أن يكون مشاركاً في نفس المبيع كاشتراك شخصين في عقار شائع الثاني أن يكون خليطاً في حق المبيع كالاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص. مثلاً إذا بيعت احدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص يكون أصحاب الرياض الأخرى كلهم شفعاء ملاصقة كانت جيرتهم أم لم تكن كذلك لو بيعت الدار التي يفتح بابها على طريق خاص كان أصحاب الدور التي لها أبواب على تلك الطريق كلهم شفعاء سواء أكانت جيرتهم ملاصقة أم لم تكن وأما إذا بيعت إحدى الرياض المسقية من نهر ينتفع منه العموم أو احدى الديار التي لها في الطريق العام باب فليس لأصحاب الرياض الأخرى التي تسقى من ذلك النهر أو لأصحاب الديار الأخرى التي لها أبواب في الطريق العام حق الشفعة الثالث أن يكون جاراً ملاصقاً)

أسباب ثبوت وجوب الشفعة ثلاث، فإذا وجد أحد هذه الأسباب الثلاثة ثبت حق الشفعة للشفيع بعد البيع يعني للشفيع حق في طلب الشفعة.

الأول، أن يكون مشاركاً في نفس المبيع. ويقال له خليط في نفس المبيع أيضاً. وعليه فإذا باع أحد أصحاب الحصص حصته من آخر كان الشركاء الآخرون شفعاء في الحصة المباعة.

وتكون بالمشاركة في نفس المبيع على وجهين:

١ ـ تكون المشاركة في كل المبيع كأن يكون نصف دار شائع لزيد والنصف الآخر لعمرو فكل منهما شريك الآخر في كل المبيع (الكفاية). وكاشتراك اثنين أو أكثر في عقار شائع. والعقار بما أنه يطلق على الأرض أو على البناء مع الأرض فالإشتراك في البناء فقط لا تثبت به الشفعة (أبو السعود).

مثلاً لو كان اثنان متصرفين مالكين لعقار شائع سواء أكانت حصة كل منهما النصف أم كانت حصة أحدهما الربع والآخر الثلاثة الأرباع كان كل منهما شريكاً للآخر في نفس المبيع.

ويستفاد من تعبير المجلة (شائع) إن الشركاء في نفس المبيع على هذا الوجه إذا قسموا المبيع ولم تبق بينهم شركة في المدخل وفي نفس العقار فلا تثبت الشفعة للشركة في نفس المبيع بعد (أبو السعود عن العناية).

٢ ـ يكون بالمشاركة في بعض المبيع كما لو كانت دار لزيد. كان في تلك الدار حجرة نصفها لزيد شائعاً والنصف الآخر الشائع بتلك الحجرة لعمرو أو لو كانت الدار لعمرو وكان لزيد نصف حائط شائعاً مع الأرض والنصف الآخر الشائع لعمرو (الكفاية).

الثاني، أن يكون خليطاً في حق المبيع وقوله عن الأول «مشاركاً» وعن الثاني هذا «خليطاً» تفنن في العبارة ليس إلا، وذلك كالاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص. وقد عرف حق الشرب في المادتين (١٤٣، ١٢٦٢) أيضاً والشرب الخاص في المادة (٩٥٥) والطريق الخاص في المادة (٩٥٦) وقد قسمت الأنهار في المادتين (١٢٣٨)، (١٢٣٩) إلى مملوكة وغير مملوكة وغير المملوكة إلى عامة وخاصة ووضح في أيها تجري الشفعة.

حق المبيع، تابع للمبيع كالشرب الخاص والطريق الخاص والأشياء اللازمة للمبيع قد تبينت من هذا المثال.

أما إذا كان لأحد في دار آخر حق المسيل مجرداً، يعني إذا كان طريق الماء ملكاً لصاحب الدار وكان لذلك الشخص حق تسييل الماء فقط، فلا يكون مشاركاً في حق المبيع. أما إذا كان طريق الماء ملكاً للشخص المذكور أيضاً فحينئذ يكون شريكاً وشفيعاً في حق المبيع. (عبد الحليم الهندية في الباب الثاني).

مثلاً إذا بيعت إحدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص مع حق الشرب يكون أصحاب الرياض الأخرى كلهم شفعاء ملاصقة كانت جيرتهم أم لم تكن، يعني أنهم يتساوون في الصورتين في استحقاق الشفعة. أما إذا بيعت إحدى تلك الرياض بدون الشرب الخاص فلا تثبت الشفعة بالشرب الخاص حتى إنه إذا بيعت الماء منقطع فيوجد حق الشفعة أيضاً عند محمد فلو كان لجماعة حق الشرب من نهر لكن كانت أرض النهر، يعني الممر الذي كان يجري فيه الماء ملكاً لآخر فباع أحد أرضه مع حق الشرب في الزمن الذي انقطع فيه الماء فتجري الشفعة (الهندية في الباب الثاني).

كذلك لو بيعت دار لها باب على طريق خاص مع الطريق الخاص كان أصحاب الدور التي لهم أبواب على تلك الطريق شفعاء سواء أكانت جيرتهم ملاصقة أم لم تكن.

أما لو بيعت تلك الدار بدون الطريق المذكور فلا تثبت الشفعة بسبب الطريق الخاص كما هو مبين في المادة (١٠١٥) (الدر المنتقى).

دار في سكة خاصة باعها صاحبها من رجل بلا طريق فلأهل السكة الشفعة وكذلك لو باع أرضاً بلا شرب فلأهل الشرب الشفعة، ولو بيعت هذه الدار وهذه الأرض مرة أخرى فليس لهم فيها الشفعة (الهندية في الباب الثاني).

والخليط في حق المبيع على وجهين أيضاً:

١ ـ يكون بتقسيم المبيع المذكور بين الشركاء بعد أن كان مشتركاً وعدم بقاء الاشتراك في نفس المبيع وبقاؤهم خلطاء في حق المبيع أنظر المادة (١١٦٦).

٢ ـ يكون بعدم الاشتراك في نفس المبيع مع الاختلاط في حق المبيع فقط. لكن لو كان مشاركاً في نفس المبيع وخليطاً في حق المبيع وليس لأنه خليط في حق المبيع (رد المحتار).

أما لو بيعت دار تأخذ الماء من نهر ينتفع به العموم رأساً، يعني لها حق الشرب من ذلك النهر أو كانت مما يفتح بابها على الطريق العام فلا حق شفعة لأصحاب الدور التي تشرب من ذلك النهر أو التي تفتح أبوابها على ذلك الطريق العام بداعي انهم خلطاء.

لكن مما لا ريب فيه أن الجار إذا كان ملاصقاً فله بسبب ذلك حق الشفعة.

قيل تأخذ الماء رأساً، يعني مثلاً لو كان الماء يجري لأراضي زيد من موضع من نهر دجلة ولأراضي عمر من موضع آخر فلا يكون كل من زيد وعمر خليط للآخر لكن لو فتح نهر دجلة وأخذوا منه عشر قطع أراضي فيصبح أصحاب هذه القطع العشر خلطاء فلو بيعت أقصى تلك الأراضي العشر يكون التسعة أشخاص الباقون شفعاء فإذا بيعت أقربها كان التسعة الباقون شفعاء أيضاً (الهندية في الباب الثاني).

الثالث، أن يكون حاراً ملاصقاً للعقار المبيع ولو كان متعدداً أي أن يكون ذلك الجار ملاصقاً للعقار المبيع (مجمع الأنهر). ثم الجار الملاصق هو الذي له حائط وللآخر حائط ليس بين الحائطين ممر لضيق الإلتصاق الحائطين حتى لو كان بينهما طريق نافذ فلا شفعة للجار (الطحطاوي).

والجار الملاصق يكون أيضاً على وجهين:

١ ـ يكون بتلاصق ظهر العقار المشفوع بظهر العقار المشفوع به. ففي هذه الحال يكون باب العقار المشفوع به على سكة أخرى سواء أكانت السكة الأخرى نافذة أم لم تكن كذلك.

٢ ـ يكون بتلاصق الجنب، يعني بتلاصق طرف اليمين أو اليسار وذلك يكون باب العقار المشفوع به باب العقار المشفوع على الطريق العام. أما إذا كان باب العقار على طريق خاص كان كل منهما خليطاً للآخر في حق المبيع وكان جميع أهل السكة شفعاء. سواء أكان مقابلاً أم ملاصقاً (الدر المنتقى، مجمع الأنهر).

ويظهر من ذكر (ملاصق) مطلقاً أن الملاصق ولو بشبر واحد من جهة واحدة يشتري مع الملاصق من ثلاث جهات في حق الشفعة وكما أن المتصل اتصالاً أزيد من غيره لا يحرم الآخر من الشفعة فليس له أن يأخذ حصة أزيد من المشفوع أنظر المادة (١٠١٣).

الملاصق، يعني المتصل بالمبيع ولو كان ذلك الإتصال حكماً، فلو بيعت حجرة من دار فسواء في الشفعة ما يلاصق تلك الحجرة من تلك الدار وما هو في أقصى الدار (رد المحتار، عزمي زاده) لأن المبيع من جملة الدار والشفيع جار الدار فكان جاراً للمبيع (الهندية في الباب الثاني).

لو كانت غرفة من دار واقعة على طريق غير نافذة مشتركة بين اثنين وباقي أقسام الدار كان مشتركاً بين أربعة أشخاص مثلاً فباع أحد الشريكين في تلك الغرفة حصته الشائعة من أجنبي فالشفعة أولاً للمشاركة في تلك الغرفة فإذا سلم هذا تكون ثانياً للشركاء في الدار فإذا سلموا تكون ثالثة للجار

الملاصق سواء أكان ملاصقاً لهذه الغرفة أم كان ملاصقاً لأقصى جهة من الدار، يعني كلهم في شفعة الغرفة المذكورة سواء (الهندية في الباب الثاني).

وتعبير المجلة (الجار الملاصق) احتراز عن الجار المقابل إذ لا اعتبار للجار ولو كان الباب قريباً من الباب جداً. لأن الطريق العام يزيل الضرر (رد المحتار).

لكن للجار المقابل في الطريق الخاص شفعة ليس لأنه مقابل بل لأنه خليط (أبو السعود بإيضاح) كما ذكر آنفاً. وكما يكون الجار ملاصقاً في السكن يكون في الأراضي أيضاً (أبو السعود).

والمقصود من الجار الملاصق أن يكون له عقار ملاصق للعقار المشفوع. وألا يوجد شريك في الأرض التي تحت الحائط.

بناء عليه إذا كان الجار الملاصق مشتركاً في الأرض المبني عليها الحائط التي بينهما، فهذا أجار الملاصق مشارك في نفس المبيع، وعليه يكون شفيعاً في الدرجة الأولى. وذلك كما هو مذكور في المادة (١٠١٢).

لو كانت الدار الملاصقة دار وقف أو وديعة، أو مأجورة، فلا تجري الشفعة بها (مجمع الأنهر) كما هو مذكور في المادة (١٠١٨).

ثبوت الشفعة للمشتري:

تثبت الشفعة للمشتري كما تثبت للشفيع الأجنبي، للأسباب المذكورة، وللمشتري، سواء أكان مشترياً أصالة أم وكالة. ألا ترى أنه لو اشترى أحد الدار التي له فيها شفعة تثبت له فيها الشفعة أيضاً، لو ظهر شفيع آخر من درجته فلا يأخذ إلا نصفها أما لو ظهر شفيع أقل منه، فلا شفعة لهذا الشفيع الأقل (أبو السعود، الدرر). أما عدم ثبوت الشفعة للبائع فمبين في شرح المادة الآتية.

فائدة: لو اجتمع لشفيع اثنان من هذه الأسباب الثلاثة، فللشفيع أن يطلب الشفعة بالسبب المؤخر كما يستفاد من المسألة شرح المادة (١٠٤١).

﴿مادة ١٠٠٩﴾ - (حق الشفعة أولاً للمشارك في نفس المبيع ثانياً للخليط في حق المبيع ثالثاً للجار الملاصق وما دام الأول طالباً فليس للآخرين حق الشفعة وما دام الثاني طالباً فليس للثالث حق الشفعة).

إذا اجتمعت أسباب الشفعة روعي الترتيب وقدم الأقوى.

وعليه فحق الشفعة أولاً للمشارك في المبيع، ثانياً للخليط في حق المبيع إذا طلب المواثبة فوراً في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع، ثالثاً، للجار الملاصق إذا طلب فوراً في ذلك المجلس المواثبة. أنظر المادة (١٠٣٢).

الجار الملاصق، وكما أنه لا فرق في نوال حق الشفعة بين الرجل والمرأة، والصغير والكبير، والمسلم وغير المسلم، فلا فرق بين أن يكون غير المسلم من رعايا الدولة أو مستأمناً أي يكون من رعايا دولة

أجنبية. لا بد أن يكون البائع أيضاً ذمياً وإلا يفسد البيع ولا تثبت الشفعة (أبو السعود) لكن إذا كان مدعي الشفعة صبياً فيطلبها وليه، كما أنه إذا كان مدعى عليه يكون وليه مدعى عليه. وإذا لم يكن له ولي ينصب له الحاكم ولياً (أبو السعود، الهندية في الباب الثاني).

وإذا كان الأول طالباً فليس للآخرين، أي الثاني والثالث، شفعة، وإذا كان الثاني طالباً فليس للثالث حق شفعة.

ويثبت لزوم الترتيب على وجهين.

الوجه الأول، جاء في الحديث الشريف «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع» والشريك هو المشارك في نفس البيع، والخليط المشارك في حقوق المبيع والمقصود من (الشفيع) في قوله عليه الصلاة والسلام هو الجار.

الوجه الثاني، الدليل العقلي. والاتصال في صورة الشركة في المبيع أقوى لكونه في كل جزء، ثم أن الاتصال في حقوق المبيع هو أقوى أيضاً لكونه اشتراكاً في مرافقي الملك. والواقع ترجيح القوة بالسبب (الكفاية).

ترجيح القوة بالسبب؛ لنوضح ذلك بالمثل الآتي: لو قطع أحد ذراع آخر، وآخر قطع عنقه، فالقاتل هو الثاني لا الأول. لأن حياة المقتول ممكنة بعد قطع ذراعه، أما بعد قطع عنقه فحياته غير متوهمة، أنظر شرح المادة (١٠١٣).

وتتفرع المسائل الآتية عما إذا كان الأول طالباً فليس للآخرين حق شفعة:

المسألة الأولى ـ لو باع أحد الحصة التي يملكها في عقار مشترك مع آخر من ذلك الآخر، فليس للشخص الذي له ملك متصل بذلك العقار أن يطلب الشفعة ويدعيها (البهجة).

المسألة الثانية ـ لو باع أحد حصته في المنزل الذي يملكه بالاشتراك مع آخر من شخص آخر له ملك متصل بذلك المنزل، فإذا راعى الشريك شروط الشفعة، فله أخذها من ذلك الشخص. وليس لذلك الشخص أن يقول: بما أن لمنزلي اتصالاً بالمنزل المذكور فأنا مشارك لك في الشفعة (البهجة).

المسألة الثالثة ـ لو باع أحد العقار المشترك بينه وبين آخر، بدون اذن ذلك الآخر، من شخص كأن يكون جاراً، فلذلك الشخص، ما لم يجز بيع حصته، أن يطلب حصة شريكه بالشفعة ويأخذها (البهجة).

لكن لو سلم المشارك في حق الشفعة كما هو مذكور في أثناء شرح المادة، فيكون الخليط في حق المبيع شفيعاً فيما إذا طلب فوراً الشفعة بشروطها، كالمواثبة في المجلس الذي سمع فيه بالبيع. وإلا فهو غير معاف من طلب المواثبة فوراً لأن المشارك لم يسلم الشفعة ولذلك فله حق أخذ المشفوع (رد المحتار، والعيني).

مثلاً لو كان الشريك في الدار المباعة والجار حاضرين في مجلس واحد فسمعا ببيع الدار المذكورة وطلب الشريك الشفعة فوراً وسكت الجار، نظراً لأنه مؤخر في الدرجة وليس له حق الأخذ في الحال ثم ترك الشريك الشفعة فليس للجار شفعة بعد ولو أجرى فوراً طلب المواثبة (الهندية في الباب الثالث).

﴿مادة ١٠١٠﴾ -(إذا لم يكن مشاركاً في نفس المبيع أو كان مشاركاً وترك شفعته يكون حق الشفعة للخليط في حق المبيع إن كان ثم خليط وإن لم يكن أو كان وأسقط حقه يكون الجار اللاصق شفيعاً على هذا الحال. مثلاً إذا باع أحد ملكه العقاري المستقل أو حصته الشائعة في العقار المشترك وترك المشارك حق شفعته يكون حق الشفعة للخليط في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص إن كان هناك خليط وإن لم يكن أو كان وأسقط حق شفعته فعلى كلتا الحالتين يكون حق الشفعة للجار الملاصق)

إذا لم يكن مشاركاً في نفس المبيع أو كان مشاركاً لكنه غائب أو كان المشارك في نفس المبيع موجوداً وحاضراً فسلم في حق شفعته أي تنزل عن حق شفعته، وقول الشفيع لا حق لي عند فلان براءة من الشفعة (الهندية في الباب الخامس) أو أسقط حق شفعته بسبب كعدم اجرائه الشفعة له فإذا كان خليطاً في حق المبيع فحق الشفعة له. ويجوز الإبراء من حق الشفعة منجزاً كما هو مذكور آنفاً. لكن لو قال الشفيع إذا لم آت بالثمن في اليوم الفلاني فإني بريء من الشفعة فلا تبطل الشفعة إذا لم يحضر الثمن في ذلك اليوم. والصحيح هو هذا (الهندية في الباب الخامس).

وعليه ولو سلم المشارك في نفس المبيع الشفعة تثبت الشفعة للخليط، وتعدمشاركته كأن لم تكن، لأنه وإن تحقق سبب الشفعة في حق الخليط فقد قدم الآخر لقوته. وبما أن المقدم قد ترك حقه بأصبح للمتأخر حق الأخذ بالشفعة. وهذا فيما إذا روعيت شروط الشفعة كطلب لمواثبة والإشهاد وقت السماع بالبيع كما هو مبين في شرح المادة الآنفة (أبو السعود).

والحاصل إذا اجتمع الخليط والشريك كان الخليط مستحقاً للشفعة كالشريك، لكن الشريك يحجب الخليط يعني للشريك حق الرجحان. أما لو توفي أحد وترك ولداً وولد ولد فسقط ولده حقه في التركة فلا يثبت حق ولد ولده في التركة لأن هذا الإسقاط ليس صحيحاً أصلاً. لأن شرط استحقاق ابن الابن عدم وجود الإبن (الهداية بإيضاح).

إذا لم يكن ثمة مشارك في نفس المبيع ولم يكن خليط أيضاً في حق المبيع أو كان خليط في حق المبيع وسلم في حق شفعته أو اسقط حق شفعته لعدم مراعاته شروط الشفعة، كان الجار الملاصق شفيعاً كما بين سببه آنفاً.

ترتيب الشفعة على ثلاث صور:

مثلاً إذا باع أحد ملكه العقاري المستقل، يعني كله أو نصفه الشائع، أو باع حصته الشائعة في العقار المشترك من أجنبي وترك المشارك حق شفعته يكون حق الشفعة للخليط في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص إن كان هناك خليط وإن لم يكن أو كان وأسقط حق شفعته فعلى كلتا الحالتين يكون حق الشفعة للجار الملاصق.

إن فقرة (إذا باع أحد ملكه العقاري المستقل . . .) من هذا المثال هي مثال لثبوت الشفعة للخليط في حق المبيع إذ لا مشارك في نفس المبيع وفقرة (أو باع حصته في العقار المشترك) مثال لثبوت الشفعة للخليط في حق المبيع إذا كان شريكاً في نفس المبيع وأسقط حقه في الشفعة .

ترتيب الشفعاء على اربع صور:

قد بين في المجلة ترتيب أربع صور للشفعاء وإليك الإيضاح فيما يلي :

أولاً ـ لو كان في منزل مشترك بين اثنين قصر مشترك بين جماعة في طريق خاص فباع أحد الشريكين حصته السابقة في المنزل المشترك من آخر فالشفعة أولاً للمشارك في المنزل الاحق .

ثانياً ـ إذا سلم الأول تكون الشفعة للشركاء في القصر وهم أحق من الشركاء في الطريق الخاص لأنهم أقرب للشركة لكونهم في صحن الدار ولأنه شريك في الطريق الأخص فإن ساحة الدار ممر أهل المنزل .

ثالثاً ـ يكون المشارك في الطريق الخاص أحق من الجار الملاصق إذا سلم الثاني لأنه شريك في الطريق الأعم .

رابعاً ـ إذا سلم هذا أيضاً فالجار الملاصق أحق من غيره وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى (الدرر، الكفاية، الهندية في الباب الثاني) .

وتثبت شفعة الجار الملاصق كما أشير إليه في الشرح إذا بيع نصف العقار الشائع أيضاً . فلو باع أحد ملكه العقاري المستقل من شخص آخر ولم يوجد الشفيع المقدم تثبت شفعة الجار الملاصق أيضاً حتى إن البائع لو باع نصف الدار الشائع من آخر فللجار الملاصق أخذه بالشفعة بعد اقتسام المشتري والبائع الدار. في أي جهة تكون الحصة المقسومة . وليس للشفيع نقض القسمة سواء أكانت بحكم الحاكم أم بالتراضي لأن القبض لا يتم إلا بالقسمة . وعليه فبالقسمة يكون الانتفاع كاملاً ، وكما أنه ليس للشفيع نقض قبض المشتري وجعل عهدة البيع على البائع فليس له أيضاً حق في نقض القسمة الحاصلة مع القبض الكامل بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن من تمام القبض الذي هو حكم البيع الأول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع (مجمع الأنهر) .

سؤال :

بما أن الشفيع يملك نقض تصرفات المشتري ، والقسمة بمقتضى المادة (١١١٦) يوجد فيها مبادلة ، أفليس من الواجب أن يكون له نقض القسمة أيضاً؟

الجواب ـ إن القسمة ، كما هو مذكور في المادة (١١١٦) من وجه افراز ومن وجه مبادلة . فمن حيث إنها مبادلة فللشفيع حق في نقض القسمة ومن حيث إنها افراز فليس له حق في ذلك . وعليه وبما أنه قد حصل شك في حق القبض فلا يثبت هذا الحق بالشك (أبو السعود) .

أما لو تقاسم المشتري مع آخر غير البائع فللشفيع نقض هذه القسمة . فلو باع أحد الشريكين

حصته في الدار المشتركة وتقاسم بعد ذلك المشتري مع الشريك فللشفيع نقض هذه القسمة (أبو السعود) وكما لو اشترى اثنان داراً وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسماها بالقضاء أو الرضاء فللشفيع أن ينقض القسمة (مجمع الأنهر).

﴿مادة ١٠١١﴾ - (إذا كان الطابق العلوي من البناء ملك أحد والسفلي ملك آخر يعد أحدهما للآخر جاراً ملاصقاً)

وذلك إذا لم يكن الطريق العلوي ماراً من السفلي بل كان ماراً من طريق عام. والعلوي كما يكون طابقاً واحداً يكون أكثر أيضاً. وفي هذه الصورة أيضاً يعد جاراً ملاصقاً إذا كانت ثلاثة منازل متصلة بعضها ببعض وفوق بعضها بعضاً لكل منها باب على الطريق العام فإذا بيع المنزل المتوسط من هذه المنازل كان لكل من المنزلين العلوي والسفلي الشفعة وإذا بيع الأعلى فالشفعة للأوسط وإذا بيع السفلي كانت للأوسط أيضاً (الهندية في الباب الثاني، ورد المحتار).

ويبين في هذه المادة الحكم الاستحساني. والقياس عدم جريان الشفعة في العلوي. لأن العلوي لا يبقى على وجه الدوام ويزول بانهدامه. ووجه الاستحسان هو أن حق وضع العلو متأبد. ولصاحبه الحق في انشائه أيضاً بعد الإنهدام. وعليه فهذا العلوي كالعرصة (أبو السعود بإيضاح) ويفهم من هذه الإيضاحات أن الإشتراك بالبناء مجرداً بدون أرض يكون سبباً للشفعة من حيث الجوار لا من حيث الاشتراك. وذلك كما مر في شرح المادة (١٠٠٨) (أبو السعود، مجمع الأنهر) فلو بيع عقار متصل بدار علويها لشخص وسفليها لآخر على ما جاء في هذه المادة تثبت الشفعة لصاحب العلوي وصاحب السفلي لكن لو انهدم العلوي قبل الأخذ بالشفعة فتكون الشفعة لصاحب السفلي فقط عند أبي يوسف وعند محمد تبقى الشفعة لهما معاً (الهندية في الباب الأول).

وهذه المادة موضوعة لبيان الحكم في الصورة التي يكون العلوي فيها موجوداً. أما لو بيع السفلي بعد انهدام العلوي فلا يبقى حق الشفعة عند الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى. لأن الجوار يكون بالاتصال وقد زال الاتصال. أما عند الإمام محمد فالشفعة باقية. لأن حق الشفعة لم يكن للبناء وإنما هو ناشئ عن حق اقرار وحق القرار لا يزال باقياً (رد المحتار والهندية في الباب الأول) وإذا كان طريق العلوي يمر من السفلي فيعتبر خليطاً في حق المبيع ويقدم على الجار الملاصق (الشرنبلالي). حتى إذا كانت طريق العلوي تمر من دار آخر فتقدم شفعة هذا عن السفلي (الهداية).

﴿مادة ١٠١٢﴾ - (المشارك في حائط الدار هو في حكم المشارك في نفس الدار وأما إذا لم يكن مشاركاً في الحائط ولكن كانت أخشاب سقفه ممتدة على حائط جاره فيعد جاراً ملاصقاً ولا يعد شريكاً وخليطاً بمجرد حقه في وضع رؤوس أخشاب سقفه على حائط جاره)

المشارك في حائط الدار. يعني أن المشارك في الأرض المبني عليها حائط الدار وفي الحائط أيضاً هو

في حكم المشارك في نفس الدار. وصور هذا هي: أن تكون عرصة مشتركة بين اثنين شائعة فاقتسماها بعد أن أنشآ في وسط العرصة حائط الباقي من العرصة، يعني لو أخذ كل منهما طرفاً من العرصة من احدى جهتي الحائط فالحائط والأرض التي بني عليها تبقيان مشتركتين كما في السابق (الطحطاوي) وإذا باع أحدهما ما أصابه من الحصة من آخر كان صاحب الحصة الأخرى شريكاً في بعض المبيع وعليه فيقدم على الخليط بمقتضى المادة (١٠٠٩) وكما يكون الشريك في نفس المبيع شريكاً في كل المبيع كما مر تفصيله في شرح المادة (١٠٠٨) يكون بناء على هذه المادة شريكاً في جزء المبيع أيضاً (الهداية). لكن إذا كان الحائط مشتركاً فقط وكانت الأرض القائم عليها الحائط غير مشتركة فبما أنه لا يكون في حكم المشارك فلا يتقدم الجار الملاصق (رد المحتار، وأبو السعود).

وإن كان بعض الجيران شريكاً في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لأن الشركة في البناء المجرد لا يستحق بها الشفعة (مجمع الأنهر).

وصورة هذا هي: أن تكون عرصته مشتركة بين اثنين شائعة وقسمت بينهما وجعل في الوسط خط فاصل وبعد ذلك أفرز كل منهما على طول الخط أرضاً من جهته وبنيا على تلك الأرض المفرزة من الجهتين حائطاً فيكون كل منهما للآخر جاراً في الأرض وشريكاً في البناء فقط والشركة في البناء المجرد لا توجب الشفعة بسبب الاشتراك (الهندية في الباب الثاني).

وقد قال صاحب الدر المنتقي بما أن ظاهر عبارة الملتقى تدل على أن الإشتراك في الجدار بدون الأرض أول اسباب الشفعة، فإن الشركة في الجدار كما هو شرح في عامة كتب المذهب، غير معتبرة ولا تكون في البناء المجرد مشفوعاً به، أما إذا كان المكان القائم عليه البناء مشتركاً كان شريكاً. وعليه فيلزم حمل المتن على هذا ويلزم أيضاً تأويل عبارة المجلة في الشرح، وحاصل الكلام: إن الاشتراك في الحائط فقط ليس سبباً للشفعة أما الإشتراك في الحائط مع الأرض القائم عليها من أسباب الشفعة في الدرجة الأولى ويقدم على الخليط والجار.

وعليه فالمشارك في حائط العقار المبيع مع الأرض على هذا الوجه يعد مشاركاً في ذلك العقار كله عند الإمام محمد وعلى رواية أبي يوسف الصحيحة يقدم على الجار الملاصق. ولا تنحصر هذه في الحائط أو في المحل المبني عليه الحائط (الهندية في الباب الثاني) لأن الضرر أخص بـه حيث كان شـريكاً في البعض، وفي رواية يساوي الجار لأن استحقاقه فيه بالجوار وغيره يساويه فيه (الطحطاوي) وأما إذا لم يكن مشاركاً في الحائط مع الأرض ولكن كانت أخشاب داره ممتدة على حائط جاره، أي كان غير شريك في الأرض مع الحائط بل كان له حق وضع الأخشاب على حائط جاره، أو كان شريكاً في الأخشاب الموجودة في الحائط فيعد في هذه الصورة جاراً ملاصقاً ولا يعد شريكاً في نفس المبيع وخليطاً في حق المبيع بمجرد كونه صاحب الحق في وضع رؤوس أخشاب بيته على حائط جاره لأن الشركة في العقار أول سبب من أسباب الشفعة والشركة الحاصلة على هذا الوجه ليست شركة في العقار (الدرر، والهداية، والكفاية والهندية في الباب الثاني، ومجمع الأنهر).

﴿مادة ١٠١٣﴾ ـ (إذا تعدد الشفعاء يعتبر عدد الرؤوس ولا يعتبر مقدار السهام يعني لا اعتبار لمقدار الحصص. مثلاً لو كان نصف الدار لأحد وثلثها وسدسها لآخرين وباع صاحب النصف حصته لآخر فطالب الآخران بالشفعة يقسم النصف بينهما بالمناصفة وليس لصاحب الثلث أن يأخذ بموجب حصته حصة زائدة على الآخر)

إذا تعدد الشفعاء وتساووا في الدرجة وقام جميعهم بشرائط الشفعة تماماً يعتبرون بحسب رؤوسهم أي يقسم المشفوع بين الشفعاء على عدد رؤوسهم وليس على مقدار السهام. يعني لا يقسم باعتبار الحصص وحسب الخلطة والاتصال. لأنه لما كان كل من الشفعاء المتعددين متساوياً مع الآخر في الاستحقاق فيقتضي ذلك مساواتهم في الحكم أيضاً. لأن الترجيح ليس بكثرة العلة والسبب وإنما هو بالقوة وفي هذا لا توجد قوة بل توجد كثرة، وعليه فملك أقل جزء في المشفوع علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة وفي هذه الحال لو اجتمعت علل متعددة في حق الشفيع ذي الحصة الكبيرة في المشفوع به ووجدت علة واحدة في حق الشفيع ذي الحصة الصغيرة فالمساواة متحققة بين العلل المتعددة والعلة الواحدة وقد ذكر هنا مثالان على كون ترجيح الكثرة ليس بدليل.

١ ـ لو أقام أحد الطرفين شاهدين على دعواه وأقام الطرف الثاني عشرة شهود كان الإثنان متساويين ولا حق يرجحان الشهود الكثيرة على ذي الشاهدين لمجرد كثرة شهود الأول وقلة شهود الثاني.

٢ ـ لو جرح أحد شخصاً جرحاً وجرح آخر المجروح عشرة جروح وتوفي الشخص المذكور كان ذانك الشخصان الجارمان متساويين في حكم القتل ولا يكون الأول قد عمل من فعل القتل جزءاً من احد عشر جزءاً.

ذكر ثلاثة أمثلة على دليل ترجيح القوة.

١ ـ الشريك في نفس المبيع يرجح على الخليط والجار.

٢ ـ إذا بلغ شهود أحد الطرفين درجة التواتر وكان شهود الطرف الآخر دون حد التواتر يرجح طرف التواتر.

٣ ـ لو جرح أحد آخر وضرب آخر عنقه يضاف الحكم إلى قاطع الرقبة. ولا يضاف للجارح (الكفاية بعلاوة).

جاء في الشرح «إذا أوفى كلهم شرائط الشفعة». لأنه لو أوفى أحد الشفعاء المتعددين شرائط الشفعة فقط ولم يفها الباقون فيأخذ الشفيع الذي أوفى الشرائط المشفوعة ويعد الباقون كأن لم يكونوا (التنقيح).

المسائل الخمس التي قسمت على عدد الرؤوس:

المسائل التي تجب القسمة فيها على عدد الرؤوس خمس:

أولاها، الشفعة التي بينت في هذه المادة.
ثانيتها، الساحة المشتركة بين البيوت.
ثالثتها، الطريق الخاص.
رابعتها، الجبايات، أي التكاليف الأميرية أنظر المادة (١١٥٢).
خامستها، اجرة القسام. (أبو السعود).

وتفصيل هذا مذكور قبيل كتاب القسمة في الدر المختار وفي حاشية الطحطاوي.

مثال لعدم اعتبار مقدار السهام مثلاً لو كان نصف الدار لأحد وثلثها وسدسها الاخرين وباع صاحب النصف حصته لآخر أي من غير الشركاء وطلب الآخران بالشفعة يقسم النصف بينهما مناصفة أي يقسم نصف النصف المذكور لصاحب الثلث ونصفه الآخر لصاحب السدس وليس لصاحب الثلث أن يأخذ ضعفي صاحب السدس لأن حصته في المشفوع به ضعفا حصة الآخر.

وقيد (الآخر) فيهذا المثال ليس قيداً احترازياً. لأنه لو اشترى أحد الشفعاء المتعددين العقار المشفوع يعتبر الشفعاء على عدد الرؤوس بما فيهم الشفيع المشتري فتبقى حصة المشتري الشفيع على عهدته وتعطى باقي الحصص للشفعاء، فلو باع صاحب نصف الحصة حصته من صاحب حصة الثلث وطلب صاحب السدس الشفعة بنصف النصف فأحدهما يبقى في عهدة المشتري وثانيهما يعطى لصاحب السدس، ولو باع في المثال المذكور صاحب السدس حصته من آخر ومن أحد شركائه تجري الأحكام المبينة آنفاً في المتن والشرح (الدرر).

مثال لعدم اعتبار مقدار المخالطة:
إذا كان في طريق خاص ثماني دور وكان أربع منها ملكاً لشخص وكان كل واحدة من الأربع الباقية ملكاً لشخص فباع أحد هؤلاء الأربعة داره من آخر تقسم على عدد الرؤوس فيأخذ صاحب الأربع الدور ربعاً والثلاثة الأرباع لأصحاب الدور الباقية.
مثال لعدم اعتبار مقدار الاتصال:
لو كان أحد ملاصقاً من جانب وآخر ملاصقاً من ثلاثة جوانب يكونان متساويين في الشفعة (أبو السعود).

إذا كان أحد الشفعاء غائباً يحكم بالشفعة تامة للحاضر. ولا يلزم بقاء حصة الغائب عند المشتري لأنه يحتمل ألا يطلب الغائب الشفعة. لذلك لا يجوز تأخير الشفعة بناء على الشك. ولكن إذا حضر الغائب وطلب حصته وراعى شرائط الشفعة وكان مساوياً للحاضر درجة يحكم له بمقدار حصته.

مثلاً لو كان أحد الشفعاء حاضراً وإثنان غائبين يحكم بالشفعة كلها للحاضر ولو جاء بعد ذلك أحد الغائبين وطلب الشفعة فيحكم له بنصف المشفوع ويسترد من الشفيع ثم لو حضر بعد ذلك الغائب الآخر وطلب الشفعة أيضاً فيحكم بثلث العقار المشفوع له ويكون على هذا بينهم أثلاثاً وبذلك تحصل

بينهم المساواة (عبد الحليم). ولا يقال للشفيع الأول، أما أن تأخذه كله وأما أن تتركه كله. وإذا كان الشفيع الغائب مقدماً عليه الشفيع الحاضر درجة فمتى حضر وطلب الشفعة تبطل شفعته شفعة الحاضر ويحكم له.

وإذا كان الشفيع الغائب مؤخراً عن الحاضر درجة فلا يلزم للشفيع الثاني شيء (الهندية في الباب السادس ومنلا مسكين، وأبو السعود).

﴿مادة ١٠١٤﴾ - (إذا اجتمع صنفان من الخلطاء يقدم الأخص على الأعم مثلاً لو بيعت احدى الرياض المملوكة التي لها حق شرب في الخرق الذي أحدث من النهر الصغير مع شربها يقدم ويرجح في حق الشفعة الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق وأما لو بيعت احدى الرياض التي لها حق شرب في ذلك النهر مع شربها فالشفعة تعم من له حق شرب في النهر ومن له حق شرب في خرقه كما أنه إذا بيعت دار بابها في زقاق غير سالك منشعب من زقاق آخر غير سالك لا يكون شفيعاً إلا من باب داره في المنشعب وإذا بيعت دار بابها في الزقاق المنشعب منه غير السالك تعم الشفعة من له حق المرور في الزقاق المنشعب والمنشعب منه)

يقدم في الشفعة الأخص بالضرر على الأعم، والأخصية كما تكون في الخليط في حق المبيع تكون أيضاً في المشارك في نفس المبيع.

وعليه إذا اجتمع صنفان من الخلطاء، يعني إذا ثبت حق الشفعة لعدة خلطاء وكانوا صنفين أحدهم أعم بالضرر والثاني أخص بالضرر يقدم الأخص على الأعم ويرجح. لأن للأخص قوة في التأثير (الهندية في الباب الثاني) والقوة وإن كانت دليلاً فقد بين في شرح المادة الآنفة أنها باعثة على الترجيح. لأنه أخص بالضرر (الجوهرة) مثلاً لو بيعت احدى الرياض المملوكة التي بها حق شرب في الخرق الذي أحدث من النهر الصغير مع شربها كما هو محرر في المادة (٩٥٥) يقدم ويرجح في حق الشفعة الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق عن الذين لهم حق الشرب من ذلك النهر أما لو بيعت احدى الرياض المملوكة التي لها حق شرب في ذلك النهر مع شربها فالشفعة تعم من له حق شرب في النهر ومن له حق شرب في خرقه على حد سواء.

وتقسم الشفعة على عدد الرؤوس على الوجه المحرر آنفاً (الهندية في الباب الثاني، العيني).

جاء «مع حق شربها»: لأنه إذا لم يبع حق شربها فلا شفعة للخلطاء كما سيذكر في المادة الآتية.

وقول المجلة (صنفين) مبنى على اكتفائها ببيان الأقل وإلا فالحكم على هذا المنوال إذا كان الخلطاء ثلاثة اصناف أو أربعة.

مجاري المياه للسقي أربعة أقسام.

يقال لأكبرها نهر ثم ماذيان ثم الساقية ثم الجدول.

وعليه فلو باع أحد بستانه الذي يروى بماء الجدول مع حق شربه، والشفعة بما أنها ناشئة عن سبب الخلطة في حق المبيع، فتثبت أولاً لأهل الجدول ثانياً لأهل الساقية ثالثاً لأهل الماذيان رابعاً لأهل النهر. وإذا باع أحد أهل الساقية بستانه مع حق شربه كان من له حق الشرب في الساقية أو في الجدول شفعاء. وتقاس البقية على ذلك (الدر المنتقى مع الإيضاح وضم من اللغة).

كما أنه إذا بيعت دار بابها في زقاق غير سالك منشعب من زقاق آخر غير سالك لا يكون شفيعاً إلا من باب داره في المنشعب بالفعل أو لم يكن بالفعل بل كان له حق في فتح باب عليه سواء أكان المشفوع مقابلاً للعقار المشفوع به أو موازياً له (الدر المنتقى). يعني يقدم ويرجح من بابه في المنشعب على من بابه في الزقاق غير السالك لأن خلطة الذين في الأزقة المنشعبة أخص من خلطة من في الأزقة غير السالكة (الهندية في الباب الثاني).

ألا ترى أن لمن في الأزقة المنشعبة حقاً في الزقاق غير سالك حتى إن لهم أن يمروا من هناك، أما من في الزقاق غير السالك فليس له حق في المنشعب حتى إنه ليس له التصرف فيه على صورة أخرى كالمرور من هناك وفتح باب (أبو السعود).

وقوله «اصحاب الدور التي لها ابواب» ليس بتعبير احترازي، فلو لم يكن لها باب في المنشعب بل كان لأصحابها حق في فتح الباب كانوا شفعاء، لأن استحقاق الشفعة بجواز فتح الباب فيه، فمن كان له ولاية فتح الباب في الزقاق كان له حق الشفعة، ومن لم يكن له ولاية فتح الباب فليس له حق الشفعة بسبب ذلك الزقاق.

وإذا بيعت دار بابها في الزقاق المنشعب منه غير السالك تعم الشفعة من له حق المرور في الزقاق المنشعب والمنشعب منه على السواء. وتنقسم على عدد الرؤوس كما مبين آنفاً. سواء أكان العقار المشفوع مقابلاً أم كان موازياً (الدر المنتقى، ورد المحتار). لأن خلطة الجميع في الزقاق غير السالك سواء (الهندية في الباب الثاني). وهذا الذي مر هو ايضاح الأخصية في حق المبيع. والآن نوضح الأخصية في المشارك في نفس المبيع:

إذا كان بيت مشترك شائعاً في قصرين اثنين والقصر أيضاً كان مشتركاً شائعاً بين قوم آخرين فلو باع أحد الشريكين في البيت حصته من أجنبي فالشريك في البيت مقدم ومرجح في حق الشفعة (الهندية في الباب الثاني) أنظر شرح المادة (١٠١٠).

مثال آخر: بين قصر واقع في زقاق وبين دار متصلة به حائط مشتركة بين الدار والقصر فلو باع أحدهما حصته الشائعة في القصر من أجنبي فالمشارك في القصر مقدم ومرجح. وإذا سلم هذا تثبت الشفعة لصاحب الدار المشارك في الحائط، وإذا سلم هذا أيضاً كان أهل الزقاق كلهم شفعاء على السواء (الهندية في الباب الثاني).

﴿مادة ١٠١٥﴾ - (إذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط ولم يبع حق

شربها فليس للخلطاء في حق شربها شفعة، ويقاس الطريق الخاص على هذا).

إذا لم يوجد سبب للشفعة فلا محل للشفعة وسبب الشفعة هو أن يكون خليطاً في حق المبيع أو متصلاً بالمبيع اتصال جوار.

امثلة على كون الخليط سبباً للشفعة:

المثال الأول: إذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط ولم يبع حق شربها فليس للخلطاء في حق شربها شفعة بسبب حق الشرب، لأن حق الشرب سبب الشفعة، وإذا لم يوجد السبب فلا يوجد المسبب.

المثال الثاني: ويقاس الطريق الخاص على هذا، فلو باع من له طريق خاص روضته فقط ولم يبع حق شربها فليس للخلطاء شفعة من جهة حق الطريق (رد المحتار).

أما من جهة كونه جاراً ملاصقاً فيثبت له حق الشفعة.

امثلة على كون الاتصال سبباً للشفعة:

المثال الأول: لو باع أحد داره ولم يبع مقداراً منها على امتداد الحائط المتصل بمنزل من له حق الشفعة حسب الجوار وأبقى ذلك في ملكه فليس لذلك الشخص حق شفعة لأنه لما كان الاستحقاق بالجوار ولم يبق اتصال بالمبيع فلم يبق الجوار، أنظر خاتمة هذا الكتاب.

المثال الثاني: لو أفرز البائع أولاً المقدار المذكور الممتد على طول الحائط ورهنه لمن سيصير مشترياً وسلمه اياه ثم بعد ذلك باعه الباقي فلا تجري في هذا الباقي الشفعة بسبب الجوار (مجمع الأنهر).

﴿مادة ١٠١٦﴾ - (حق الشرب مقدم على حق الطريق، فعليه لو بيعت روضة خليطها واحد في حق الشرب الخاص وآخر في طريقها الخاص يقدم ويرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق)

يعني أن حق الشرب وحق الطريق وإن كانا متساويين من حيث كونهما من أسباب الشفعة لكن في حال اجتماعهما يقدم حق الشرب على حق الطريق. فعليه لو بيعت روضة مع حق شربها وطريقها، وخليطها واحد في حق الشرب الخاص وآخر في طريقها الخاص، فعلى قول يقدم ويرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق وعلى قول آخر يقدم حق الطريق على حق الشرب، ولكن المجلة اختارت القول الأول (رد المحتار).

الفصل الثاني

في بيان شرائط الشفعة

قد بينت شرائط الشفعة مجملة في شرح عنوان الباب الثالث وسيوضح هنا ويفصل بعض الشرائط التسعة.

﴿مادة ١٠١٧﴾ - (يشترط أن يكون المشفوع ملكاً عقارياً. بناءً عليه لا تجري الشفعة في السفينة وسائر المنقولات وعقار الوقف والأراضي الأميرية)

للمشفوع شرطان:

أولهما أن يكون ملكاً، ثانيهما أن يكون عقاراً.

يعني إنما تجري الشفعة مقصودة في العقار المملوك، أما في المنقولات فلا تجري الشفعة مقصودة وإن كانت الشفعة تجري في المنقولات تبعاً للعقار (الهندية في الباب الأول).

العقار، كالأراضي العشرية والخراجية، والعرصة، والكروم الواقعة في الأرض المملوكة، والدار والرحى، والبئر، والحانوت، والروضة، وما إلى ذلك من الأشياء.

كذلك لو اشترى أحد أشجاراً في أرض مملوكة مع أصولها ومواضعها، أي مع الأرض المغروسة فيها فتجري في ذلك الشفعة أيضاً (الهندية في الباب الأول، والدر المنتقى).

والمراد من العقار غير المنقول، وعليه فالعلوي داخل أيضاً في العقار، أنظر المادة (١٠١١) ولو لم يكن طريق ذلك العلوي من السفلي لأن العلوي قد التحق بالعقار بحق القرار (الدرر، ورد المحتار).

ويفهم من ذكر العقار مطلقاً أن الشفعة تجري في العقار سواء أكان قابلاً للقسمة كالقصر والعرصة الواسعة أم لم يكن قابلاً للقسمة كالحمام والبئر. يعني تجري الشفعة في كلتا الصورتين في العقار لأن الشفعة قد شرعت عند الحنفية لدفع ضرر الجوار أما عند الشافعية فقد شرعت لدفع ضرر القسمة ولذلك فلا تجب عندهم الشفعة في العقار الذى لا يكون قابلاً للقسمة (الهندية ومجمع الأنهر والدر المنتقى).

فإذا جرت الشفعة في عقار قابل للقسم كهذا وبيع نصف ذلك العقار فقط ثم بعد ذلك قسم المشتري والبائع العقار، فللشفيع أخذ القسم الذي يصيب حصة المشتري بالشفعة فقط.

وليس له نقض القسمة، أنظر المادة (١٠١٠)، سواء أكان القسم المذكور محاذياً للمشفوع به أم لم يكن فلو بيع نصف العقار الشائع الذي فيه للشفيع حق الشفعة بسبب كونه جاراً ملاصقاً ثم اقتسم المشتري والبائع العقار المذكور فأصاب المشتري القسم الغير المجاور للمشفوع به فللشفيع أخذ تلك الحصة بالشفعة (الهداية).

فعليه لو بيعت سفينة أو غيرها من سائر المنقولات والأبنية والمزروعات التي تباع وحدها أو لو بيعت الأبنية والأشجار مع حق القرار فلا تجري الشفعة قصداً لأن الشفعة في العقار ثابتة بالنص، أي على خلاف القياس، فلا يجوز الحاق المنقول بالعقار. لأن الشفعة قد شرعت لدفع الضرر الدائم وضرر المنقول ليس بدائم كضرر العقار (الزيلعي) أنظر المادة (١٥). مثلاً لو باع أحد الأشجار التي في عرصته من آخر على أن يقطعها ويأتيه بها فلا تجري فيها الشفعة كما لا تجري الشفعة فيما لو باع الأشجار على أن يكون لها حق القرار أو مطلقاً. لأن ذلك من المنقولات (الدر المنتقى).

والواقع أن الشفعة وإن لم تجر في المنقولات قصداً وأصالة إلا أن المنقولات تجري فيها الشفعة تبعاً للعقار.

فلو بيع عقار فللمشتري أخذ الأشجار المتصلة بالعقار وأخذ أثمارها بالشفعة أنظر المادة (٥٤).

مثلاً: لو اشترى أحدهم عرصة مع الأشجار التي فيها وكان يوجد أثمار على تلك الأشجار فقد صرح بدخول الأثمار المذكورة في البيع أيضاً وأخذ الشفيع العرصة بالشفعة. وكما أن له أيضاً أخذ الأشجار المذكورة فله أخذ الأثمار التي على أشجارها أيضاً، كذلك لو أثمرت الأشجار التي في العرصة وهي في يد المشتري بعد اشترائه العرصة المذكورة فللشفيع أخذ العرصة مع الأثمار المذكورة التي لم تكن قبل، لكن لو وجد المشتري قد استهلك الأشجار أو الأثمار فيجري فيه الحكم على ما سيأتي في شرح المادة (١٠٤٤) مفصلاً (أبو السعود).

والمنقولات التي تجري فيها الشفعة تضاهي المنقولات المتصلة، أما المنقولات المنفصلة فلا تجري فيها. فلو باع أحد من آخر داره وما فيها من الأمتعة بكذا ديناراً فللشفيع أخذ الدار بحقها من الثمن وليس له أخذ الأثاث والآنية وما اشبهها، فليراجع شرح المادة (١٧٧).

ولا تجري الشفعة في عقار الوقف والأراضي الأميرية لفقدان الشرط الأول.

إذا تفرغ المتصرف مشتركاً في عقارات موقوفة بطريق الإجارتين بحصته لآخر بدون اذن شريكه فليس للشريك أن يطلب أخذ الحصة المفروغة من المفروغ له بدفع بدل الفراغ.

كذلك إذا كان شخصان متصرفين في عقار وقف شائع بالإشتراك وتوفي أحدهما ولم يكن له أحد من أصحاب الانتقال، أي الذين تنتقل إليهم الحصة، وأصبحت حصته في ذلك العقار محلولة وفوض المتولي الحصة المحلولة إلى آخر بالبدل المثلي المعجل فليس للشريك أن يقول بما إني شريك فإنني أدفع البدل المعجل الذي دفعه المفوض له وآخذ الحصة المفوض بها.

كذلك لو تفرغ أحد لآخر بحصته الشائعة في أرض أميرية يتصرف فيها مع آخر بدون اذن شريكه فليس للشريك أن يدفع بدل الفراغ ويأخذ الحصة المفروغة جبراً من المفروغ له لكونه شريكاً.

إن حق الرجحان وإن يكن يجري في الأراضي الأميرية إلا أنه يوجد بين الشفعة وبين حق الرجحان فروق عديدة.

﴿مادة ١٠١٨﴾ - (يشترط أن يكون المشفوع به ملكاً أيضاً بناء عليه لو بيع ملك عقاري لا يكون متولي عقار الوقف الذي في اتصاله أو متصرفه شفيعاً).

للمشفوع به شرطان كالمشفوع: أولهما، أن يكون ملكاً للشفيع. ثانيهما، أن يكون عقاراً وأما كونه مقبوضاً وموجوداً في يد الشفيع فليس بشرط، فلو اشترى أحد عقاراً وبيع عقار متصل به، ولو كان قبل أن يقبضه من بائعه، كان ذلك الشخص شفيعاً لذلك العقار، كذلك لو بيع عقار متصل بالدار المغصوبة التي في يد الغاصب وراعى المغصوب فيه شرائط الشفعة تماماً، ولو سكت المغصوب منه في حال انكار الغاصب كون تلك الدار ملكاً للمغصوب منه، فكما ان له ضبط تلك الدار فله أخذ العقار بالشفعة أيضاً. وإذا لم يثبت مدعاه يحلف الغاصب اليمين (البهجة).

فعليه لو بيع ملك عقاري لا يكون متولي عقار الوقف الذي في اتصاله أو واقفه أو الموقوف عليه أو متصرفه بالإجارتين شفيعاً للملك العقاري بناء على فقدان الشرط الأول وليس لمتولي ذلك الوقف ضبط العقار المذكور.

كذلك إذا لم يكن ذلك العقار ملكاً للشفيع وكان في يده وديعة أو اجارة فلا يكون ذلك العقار المستودع أو المستأجر مشفوعاً به (مجمع الأنهر) وقد مر في شرح عنوان الباب الثالث بعض الإيضاحات في هذا الخصوص.

وإذا بيع ملك عقاري مع عدم الشرط الثاني في المشفوع به فلا يكون الشخص المالك لبناء مملوك متصل بذلك العقار في ارض وقف أو اميرية شفيعاً لهذا العقار، أنظر المادة الآتية.

حاصل الكلام، لا يكون الوقف والمنقول مشفوعاً كما لا يكون مشفوعاً به (التنقيح).

مادة (١٠١٩) - (الأشجار والأبنية المملوكة الواقعة في أرض الوقف أو الأراضي الأميرية هي في حكم المنقول لا تجري فيه الشفعة).

الأشجار والأبنية المملوكة الواقعة في أرض الوقف أو في الأراضي الأميرية لا تجري فيها الشفعة، أي لا تكون مشفوعة، كما لا تجري الشفعة في المنقولات على ما هو مبين في المادة (١٠١٧) وكذلك لا تكون مشفوعاً بها (الهندية في الباب الأول). لأن حق بقاء البناء فيها ليس بدائم لأنه إذا امتنع صاحب الأبنية عن اعطاء أجر المثل في الوقف ترفع أبنيته.

كما أنه إذا لم يعط البدل المعين للأرض الأميرية باسم إجارة الأرض يرفع بناؤه أيضاً (الدرر).

مثلاً لو باع أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتصرف به مشاعاً عرصته وقف وبناؤه ملك من أجنبي فليس للشريك الآخر أن يشفع فيها.

كذلك لو بيعت قطعة من أرض أميرية مغروس فيها كرم مملوك فليس لجاره حق الشفعة.

وجريان الشفعة في أبنية مكة المكرمة مبني على قول بأن تلك الأبنية ملك. وليس على كونها مستثناة (الدر المنتقى، وفي الطحطاوي إيضاح ذلك).

وأبو السعود، وإن بين في حاشيته على الكنز كون الأبنية التي في الأراضي المحتكرة ملحقة بالعقار الذي له حق القرار في الأرض وتجري فيه الشفعة، إلا أن بيانه هذا لما كان مخالفاً لتصريحات الفقهاء فهو حري بأن لا يكون معتبراً.

﴿مادة ١٠٢٠﴾ - (لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية تجري الشفعة في الأشجار والأبنية أيضاً تبعاً للأرض وأما إذا بيعت الأشجار والأبنية فقط فلا تجري فيها الشفعة).

لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الأشجار وما على الأشجار من الأثمار وما عليها أيضاً من الأبنية والمزروعات تجري الشفعة في الأثمار والمزروعات والأبنية تبعاً، أنظر المادة (٥٤).

جريان الشفعة في الأشجار والأثمار:

لو اشترى أحد أرضاً مملوكة فكبرت الأشجار الصغيرة وأثمرت فللشفيع أن يأخذ مع الأرض الأشجار والأثمار أيضاً، أنظر شرح المادة (١٠١٧).

جريان الشفعة في الزرع:

لو اشترى أحد أرضاً مملوكة مع ما فيها من الزرع وأوشك الزرع أن يدرك وهو في يده أو أدرك فللشفيع أخذ الأرض مع ما عليها من الزرع.

كذلك لو أخذ أحد أرضاً بطريق المزارعة وزرعها وبعد أن اشترى المزارع الأرض من صاحبها مع حصته فيها من المزروعات ظهر شفيع فكما تثبت له الشفعة في الأرض تثبت له الشفعة أيضاً في نصف الزرع أي في القسم العائد لصاحب الأرض الذي اشتراه منه. لكن لا يأخذه حتى يدرك الزرع (الهندية في الباب الثامن). وتفصيلات هذا مذكورة في خاتمة الكتاب.

جريان الشفعة في الأبنية المركبة:

لو اشترى أحد طاحوناً مبنياً على عرصة مملوكة مع بيتها ونهرها ومتاعها فللشفيع أن يأخذ بيت الرحى مع آلاتها المركبة. لأنها تابعة لبيت الرحى. أما ما ليس مركباً بل كان منفصلاً فليس له أخذه. وقد استحسن أن يأخذ الشفيع حجر الرحى العلوي بالشفعة أيضاً ولو كان منفصلاً.

كذلك لو اشترى أحد حماماً مع قدوره وغيرها من الأدوات المركبة فللشفيع أن يأخذها بالشفعة أيضاً. أما ما كان منفصلاً منها فليس له أخذه كالقباقيب والمآزر والطاسات التي يؤخذ بها الماء من الجرن (الهندية في الباب الأول).

وفي هذه الصورة يأخذ الشفيع مع العقار الآلات المركبة بحصتها وتبقى غير المركبة للمشتري أنظر شرح المادة (١٠١٧).

لا يشترط في المنقولات أن تكون موجودة حين البيع لتجري فيها الشفعة، وتجري الشفعة أيضاً في

المنقولات الحادثة بنفسها بعد البيع . فلو أخذ المشتري العرصة مع ما عليها وأثمرت الأشجار وهي في يده فيأخذ الشفيع العرصة والأشجار مع أثمارها (الكفاية).

ولا يراد بقول المجلة «إذا بيع مع ما عليها» أنه إذا صرح بدخوله حين البيع ، لأن التوابع المتصلة المستقرة كالأشجار والأبنية تدخل في البيع بدون ذكر، كما هو مصرح في المادة (٢٣٢).

وربما كان المراد بقوله «مع ما عليها» أن يكونا بعقد واحد، ويحترز بهذا القيد عن المسألة الآتية . فلو اشترى أحد الأشجار والأبنية الواقعة في أرض على أن تقلع وتهدم ثم بعد ذلك اشترى الأرض وأبقى فيها الأشجار والأبنية فللشفيع أخذ الأرض بالشفعة فقط وليس له أخذ الأشجار والأبنية المباعة منفردة قبلاً (الهندية في الباب الأول).

مسألة تتفرع من دخول الأبنية والأشجار في الشفعة تبعاً:

إن دخول الأبنية والأشجار في الشفعة تبع، ولهذا لو جفت الأشجار وحرقت الدار بدون صنع أحد فللشفيع إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء تركها، وليس له تنزيل حصة ما جف من الأشجار وما حرق من الأبنية من الثمن، لأن هذه تابعة وداخلة في البيع من غير ذكر، ولا حصة لها من الثمن بمقتضى المادة (٢٣٤) (الكفاية).

أما لو نقض المشتري البناء فللشفيع أخذ العرصة بحصتها من الثمن (الهداية) وفي هذه الصورة يقسم ثمن المبيع على قيمة الأرض والبناء في البيع وقت العقد، ويأخذ الشفيع الأرض بحصتها من الثمن (الزيلعي والكفاية).

والمنقولات التي يكون للشفيع أخذها بالشفعة تبعاً للعقار هي المنقولات التي لم تفصل عن العقار. أما إذا فصلت قبل أخذ الشفيع بالشفعة فلا يبقى للشفيع حق في الأخذ. فلو أخذ المشتري العرصة والأشجار مع ما على الأشجار من ثمر وبعد ذلك جمع الثمر، فليس للشفيع أخذ هذا الثمر، لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ، حيث صار منفصلاً عنه فلا يأخذه (الهداية والكفاية).

أما لو بيعت الأشجار والأبنية بدون أرض فلا تجري الشفعة، لأنه لما كانت هذه الأشياء من المنقولات فلا قرار لها (الهداية).

ولو بيعت هذه الأشياء مع حق القرار فلا تجري فيها الشفعة، كما هو مبين في شرح المادة (١٠١٧) لأنه لو بيعت على هذا الوجه فلا تكون دائمة، إذ تزول الأشجار بجفافها والبناء بانهدامه واحتراقه.

ولو بيع العلوي، كما هو مبين في المادة (١٠١١)، تجري الشفعة ونظراً لكونه مجرد بناء فكان الأولى ألا تجري فيه الشفعة، إلا أنه نظراً لكون العلوي له حق القرار على السفلي ولصاحبه حق بنائه مجدداً بعد الانهدام. فلذلك يلحق بالعقار وتجري فيه الشفعة أيضاً (الهداية).

﴿مادة ١٠٢١﴾ - (الشفعة لا تثبت إلا بعقد البيع البات الصحيح).

إنما تثبت الشفعة بعقد البيع البات الصحيح أو ما اشبه ذلك من المعاوضات المالية، كالإقالة التي في حكم البيع والسلم والهبة بشرط العوض وبعض أنواع الصلح، يعني تثبت الشفعة عند المعاوضة المالية لخروج العقار المشفوع في مقابل عوض مالي من ملك المالك ولو لم يدخل في ملك المشتري، أما لو خرج من ملك المالك بدون مقابل أو عوض مالي سواء أخرج بلا عوض كالهبة أم خرج بعوض غير مالي كجعله بدلاً للمهر والإجارة والصلح عن دم العمد فلا تثبت الشفعة لأنه لو ثبتت الشفعة فيه للزم أن يأخذه الشفيع أما بقيمته أو مجاناً ولا يمكن الأخذ بالقيمة لأن المالك لذلك العقار لم يملكه بقيمته حتى يستطيع الشفيع أخذه بالقيمة. أنظر المادة (٩٥٠). وليس في الامكان أخذه مجاناً. ولهذا السبب فالأخذ مجاناً هو تبرع ولم يشرع الإجبار على التبرع (الهندية في الباب الأول).

إيضاح البيع: ولفظ البيع ذكر مطلقاً، بناء على المادة (٦٤)، أي سواء أكان البيع المذكور صحيحاً أم كان فاسداً وانقطع حق المالك بمقتضى المادة (٣٧٢) (مجمع الأنهر) وسواء أكان البيع باتاً أو شرط فيه الخيار للمشتري فقط يعني تثبت الشفعة في كل ذلك.

وعليه فإن كان للشفيع اتخاذ الشفعة وكان المشتري مخيراً، فأبطل المشتري البيع بسبب الخيار قبل الأخذ بالشفعة فلا تبقى للشفيع شفعة. لأن هذا الفسخ رفع للبيع من أصله وليس باقالة. بناء عليه فقد انعدم السبب في حق الشفيع من اصله.

سؤال: بما أن المبيع في صورة كون المشتري مخيراً لا يدخل في ملكه مدة الخيار. واستحقاق الشفعة باعتبار وجود الملك وعدم جريان الشفعة بناء على عدم الملك في عقد الإجارة والاستعارة يجب أن لا تجري الشفعة فيها إذا كان المشتري مخيراً؟.

الجواب - إن خيار المشتري لا يمنع من زوال ملك البائع والشفعة قائمة على زوال ملك البائع. ألا ترى أنه لو أقر البائع بالبيع وكذب المشتري والبائع منكراً ذلك فللشفيع أخذ العقار المذكور من البائع أيضاً. أنظر شرح المادة (٩٥٠) (الهداية، الكفاية، أبو السعود).

وفي المبسوط أن الشفعة بالبيع قبل ملك المشتري (الجوهرة).

وفي هذه الحال أخذ الشفيع في مدة الخيار المشفوع وأصبح المشتري عاجزاً عن المبيع فيلزم البيع ولا ينتقل الخيار المذكور للشفيع (الكفاية، الهداية).

لكن بما أن حق المالك في بيع الوفاء لا ينقطع فلا تثبت الشفعة فيه. وفي هذه الصورة لو قال البائع إن بيعنا قدكان بيع معاملة وصدقه المشتري فلا تأثير لهذا القول في حق الشفيع، ولو ادعى الشفيع كون البيع قطعياً كان القول له. ما لم يوجد دليل على كونه بيع وفاء. كبيع المبيع الكثير بثمن قليل وغبن فاحش.

وفي هذه الحال فالقول للبائع والمشتري. وحينئذ لا شفعة للشفيع (الهندية في الباب الأول).

إيضاح الإقالة: الإقالة في ثبوت الشفعة في حكم البيع. أنظر المادة (١٩٦) سواء تقايلا قبل

القبض أو بعده فإن للشفيع الشفعة. لأنها عادت إلى البائع على حكم ملك مبتدأ. ألا ترى أنها دخلت في ملكه بقبوله ورضاه فصار ذلك كالشراء منه (الجوهرة).

وعليه فلو باع أحد عقاره من آخر وبعد أن سلم الشفيع الشفعة أقيل في البيع فللشفيع أخذه بناء على هذه الإقالة، لأن هذه الإقالة هي في حق الشفيع في حكم عقد جديد (رد المحتار).

إيضاح السلم: تجري الشفعة في العقار الذي يجعل رأس مال للسلم. فلو عقد السلم على أن يعطي في مقابل المسلم فيه عقار معلوم تجري الشفعة في العقار المذكور. حتى ولو نقض الطرفان عقد التسليم والافتراق فللشفيع أخذه لأن ذلك ليس بفسخ في حق الشفيع بل هو بيع جديد. أما لو افترق الطرفان ولم يسلم العقار في المجلس عقد السلم بطل السلم كما بطلت الشفعة أيضاً. أنظر المادة (١٨٧) (الهندية في الباب الأول).

إيضاح الهبة بشرط العوض: سيأتي ذلك في المادة الآتية.

إيضاح بعض أنواع الصلح:

إذا وقع الصلح عن الإقرار على مال عن دعوى مال معين كان في حكم البيع.

فعليه تجري الشفعة سواء أكان العقار مصالحاً عنه أو كان مصالحاً عليه. وإذا وقع على المنفعة كان في حكم الإجارة ولا تجري الشفعة إذا كان المصالح عنه عقاراً.

أما الصلح عن انكار في دعوى مال معين أو عن سكوت، فبما أنه في حق المدعي معاوضة وفي حق المدعى عليه تقطع المنازعة بالخلاص من اليمين، فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه. لأنه أخذه عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه (الهداية). أي إذا لم يكن الصلح على بعض المدعى به لأنه حينئذ يكون آخذاً عين حقه في زعمه فلا شفعة (الكفاية، مجمع الأنهر).

أما العقار المصالح عنه فلا تجري الشفعة، أنظر المواد (١٥٤٨، ١٥٤٩، ١٥٥٠).

لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقيت الدار في يده، فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه كما أنكر صريحاً بخلاف ما إذا صالح عنها بالإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي (مجمع الأنهر) لأن الحكم لا يثبت بدون شرطه فلا يثبت مع الشك وجود شرطه ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي في اقامة الحجة فإن أقام البينة على أن الدار كانت للمدعي عليه أو حلف المدعي عليه فنكل فله الشفعة (الهندية في الباب الأول).

الأحكام المترتبة على ثبوت الشفعة:

إذا ثبتت الشفعة للشفيع على هذا الوجه، فللشفيع نقض جميع تصرفات المشتري. فلو باع المشتري المشفوع أو وهبه وسلمه أو دفعه أو اتخذه مقبرة أو مسجداً وسمع الشفيع ذلك مؤخراً فله أن يضبطه بالشفعة وينقض التصرفات المذكورة (البهجة بزيادة).

بناء عليه لو باع أحد ملكه العقاري من آخر بثلاثمائة قرش وسلمه له وباعه هذا بثلاثمائة وخمسين

قرشاً من آخر وسلمه إليه ثم بعد ذلك جاء رجل شفيع لذلك العقار من ديار أخرى وسمع بالبيع فطلبه بالشفعة وراعى شرائطها بتمامها فلذلك الشخص إن شاء أخذه بثلاثمائة قرش من المشتري الأول أو بثلاثمائة وخمسين قرشاً من المشتري الثاني (فتاوى ابن نجيم) وفي هذه الحال لو أخذه الشفيع بثلاثمائة قرش من الأول فللمشتري الثاني أن يسترد الخمسين من المشتري الأول (الهندية في الباب الخامس).

لكن لو أراد الشفيع الأخذ بالبيع الأول، فبما أن حضور المشتري الأول في المحاكمة شرط فليس للشفيع حق مخاصمة المشتري الثاني في غيابه. أما لو أراد الشفيع الأخذ بالشفعة بالبيع الثاني فلا يشترط حضور المشتري الأول وله أن يدعي على المشتري الثاني ويأخذه منه (الهندية في المحل المزبور) وقد أشير بعبارة «إلا بعقد البيع» إلى أن الشفعة لا تثبت في الهبة والصدقة والميراث والوصية، وذلك كما هو مصرح في المادة (١٠٢٣).

والسبب في تفسير عبارة (بعقد البيع) بجملة (عند المعاوضة المالية) هو: إن أسباب الشفعة هي الحالات المبينة في المادة (١٠٠٨) وليس البيع من تلك الأسباب (الهندية).

فتكون المعاوضة المالية من شرائط الشفعة وليست أحد اسبابها.

﴿مادة ١٠٢٢﴾ - (الهبة بشرط العوض في حكم البيع. بناء عليه لو ذهب وسلم أحد داره المملوكة لآخر بشرط عوض يكون جاره الملاصق شفيعاً)

الهبة الصحيحة بشرط العوض بعد التقابض هي في حكم البيع، أي في ثبوت الشفعة، لأن الهبة بشرط العوض وإن كانت هبة ابتداء فهي بيع انتهاء (الهداية) كما قد صار إيضاحه في شرح المادة (٨٥٥) يعني لو قال أحد لآخر وهبتك هذا المال على أن تعطيني كذا عوضاً وعقد عقد الهبة على هذه الصورة كانت هبة بشرط العوض. أما لو عقد عقداً بقوله قد وهبتك هذا المال بكذا قرشاً كان العقد عقد بيع (أبو السعود) أنظر المادة (٣) مع شرح المادة (٨٥٥).

إيضاح القيود:

١ - الهبة المقصودة هي الصحيحة. أما الهبة الفاسدة فلا تثبت بها الشفعة وإن كانت بشرط العوض، فلو وهب أحد عقار ولده الصغير بشرط العوض تصح عند أبي يوسف ولا تثبت الشفعة. كذلك لو وهب أحد حصته في قصر بشرط العوض وقع التقابض تصح ولا تجري الشفعة (الهندية في الباب الأول).

٢ - بشرط العوض : فالهبة بهذا الشرط، أي فالمقصود بعقد الهبة بشرط العوض، هي الهبة التي يشترط فيها اعطاء العوض، كما قد بين في شرح المادة (٨٦٨)، وعليه فلو كان المال الموهوب في هذا النوع من الهبة عقاراً ليأخذه الشفيع ويعطي الموهوب له مثل العوض إن كان من المثليات ويعطيه قيمته إن كان من القيميات (أبو السعود) أنظر شرح المادة (١٠٣٦)

ثم اعلم ان الشفعة إذا وجبت في الموهوب قائماً تجب بمثل العوض إن كان له مثل، فإن لم يكن وجبت بقيمة الدار (انتهى أبو السعود).

ويلزم أن تكون عبارة «بقيمة العوض» بدل عبارة «قيمة الدار» وعليه فقد ترجم على هذه الصورة وإذا كان العوض عقاراً والمال الموهوب عقاراً فتجري الشفعة في الموهوب وفي العوض. فلو وهب أحد داره من آخر بشرط أن يعطيه دكانه الفلانية ووقع التقابض في العوض فكما تثبت الشفعة في الدار تثبت في الدكان. فيعطي من يأخذ الدار بالشفعة قيمتها كما يعطي من يأخذ الدكان قيمتها أيضاً.

٣ ـ بعد التقابض: يعني أن ثبوت الشفعة في الهبة بشرط العوض مشروط بقبض الموهوب وقبض العوض أيضاً. بناء عليه لو وهب أحد آخر عقاراً بشرط أن يهب له ألف قرش فإنما تثبت الشفعة عند قبض الواهب ألف قرش والموهوب له العقار. أنظر المادة (٨٥٥) وشرحها.

ولا تثبت الشفعة بقبض أحد العوضين حتى إنه يلزم طلب الشفعة في الهبة بشرط العوض وقت التقابض. وعليه فلو سلم الشفيع الشفعة بعد قبض أحد العوضين كان هذا التسليم باطلاً فإذا قبض العوض الآخر فللشفيع أن يطلب الشفعة، ولا بد وأن لا يكون الموهوب وعوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء (أبو السعود، والدر المنتقى).

فعليه لو وهب أحد داره المملوكة أو عقاراً آخر لآخر بشرط العوض وسلمه اياها وقبض العوض أيضاً وتسلمه كان شريكه في تلك الدار أو ذلك العقار أو خليطه أو جاره الملاصق شفيعاً.

وللشفيع، كما ذكر آنفاً، أخذ الموهوب بالشفعة بعد اعطاء الموهوب له مثل العوض أو قيمته وقت القبض.

﴿مادة ١٠٢٣﴾ ـ (لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل كتملك أحد عقاراً بلا شرط عوض أو بميراث، أو بوصيّة).

أو ببدل غير مالي كالمهر. لأن الشفعة قد شرعت في المبادلة المالية، وبين السبب في شرح المادة (١٠٢١) (الكفاية).

إيضاح القيود:

١ ـ بلا عوض: وفائدة هذا تستفاد من المادة الآنفة.

وفي هذه الصورة لو أراد أحد بيع عرصته المملوكة من آخر، ولئلا يطلب الجار الملاصق الشفعة أفرز نصف ذراع من عرض العرصة على امتداد العقار المشفوع به ووهبه من المشتري وسلمه اياه ثم بعد ذلك باعه الباقي، فلا شفعة للجار، لأن القسم المتصل بالمشفوع به موهوب ولا تجري الشفعة في الهبة أما القسم المباع فليس ملاصق، وسيبين شرحاً في ختام هذا الكتاب ان هذه المسألة إحدى حيل اسقاط حق الشفعة.

٢ ـ بلا شرط: وفائدة هذا تستفاد من المادة الآنفة. مثلاً لو وهب الواهب عرصته المملوكة بلا شرط العوض لزيد وسلمه اياها وأعطى زيد واهبه داراً مملوكة له على أنها عوض وسلمه اياها أيضاً فكما أنه ليس لشفيع العرصة أخذها بالشفعة فليس لشفيع الدار أن يطلب الشفعة فيها.

﴿مادة ١٠٢٤﴾ - (يشترط أن لا يكون للشفيع رضى في عقد البيع الواقع صراحة أو دلالة مثلاً إذا سمع عقد البيع وقال هو مناسب يسقط حق شفعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك وكذا إذا أراد أن يشتري أو يستأجر العقار المشفوع من المشتري بعد سماعه بعقد البيع يسقط حق شفعته وكذلك إذا كان وكيلاً للبائع فليس له حق شفعته في العقار الذي باعه راجع مادة (١٠٠).

يشترط في الأخذ بالشفعة أن لا يكون للشفيع رضا في عقد البيع الواقع صراحة أو دلالة وأن لا يكون الشفيع قد أبرأ المشتري من حق الشفعة أو سلم الشفعة كلاً أو بعضاً بعد البيع وبعد أن يكون قد علم على وجه الصحة:

أولاً، بقدر الثمن وجنسه.

ثانياً، بمشترى المشفوع.

حتى أنه لو كان له رضا على هذا الوجه أو ابراء أو تسليم، تسقط الشفعة. يعني تسقط الشفعة بثلاثة أسباب:

أولاً، الإبراء من الشفعة..

ثانياً، تسليم الشفعة كلاً.

ثالثاً، تسليم الشفعة بعضاً.

لكن يشترط لصحة هذا الإبراء والتسليم ثلاثة شروط وقد بينت في شرح هذه المادة.

إيضاح القيود:

١ - قدر الثمن: يختلف الغرض بالشفعة باختلاف قدر الثمن، فعليه لو سلم الشفيع الشفعة لبعض الوجوه ثم تبين خلافها تبقى الشفعة على حالها. لأن التسليم لم يكن على الوجه الذي يستحق فيه الشفيع (أبو السعود). يعني لا يكون الشفيع قد سلم الشفعة التي يستحقها.

مسائل تتفرع من هذا:

أولاً - لو سلم الشفيع الشفعة بناء على استماعه وقوع البيع بألف قرش فضة ثم فهم أنه وقع بأقل من الدراهم الفضة المذكورة كان التسليم باطلاً.

ثانياً - لو حط وأنزل البائع مقداراً من الثمن بعد أن سلم الشفيع شفعته تثبت شفعة الشفيع. لأن الحط يلحق بأصل العقد (الهندية في الباب التاسع).

ثالثاً - لو سلم الشفيع الشفعة بناء على استخباره إن المشفوع بيع بألف قرش فضة ثم تحقق بعد ذلك أنه بيع بألف قرش أو أكثر فلا شفعة للشفيع بعد، لأن تسليم الشفيع في هذه الصورة لما كان مبنياً على استنكار الثمن فإذا زاد الثمن كان أحرى أن يرضى بالتسليم (أبو السعود، رد المحتار).

رابعاً - لو سلم الشفيع الشفعة بعد أن استخبر أن البيع وقع بألف قرش فضة ثم فهم أنه قد بيع بألف قرش أو أكثر من العروض. فلا شفعة له (الهداية).

لأن الشفيع في البيع بالعروض على هذا الوجه إنما يأخذ المشفوع بقيمة تلك العروض دراهم أو دنانير، وعلى هذا التقدير اذا تبين انه بيع بالف قرش ذهباً فبها ان هذا التسليم صحيح كان تسليم الشفعة صحيحاً ايضاً (ابو السعود).

خامساً، لو سلم الشفيع الشفعة باستخبار كونه بيع بالف قرش فضة ثم فهم انه بيع بذهب بقيمة الف قرش فضة فلا شفعة استحساناً.

وجه الاستحسان: انهما جنس واحد في الثمنية، ولهذا ضم احدهما الى الآخر في الزكاة. والقياس ان يثبت له حق الشفعة، وهو قول الامام وزفر (مجمع الأنهر).

اما اذا فهم انه بيع بذهب بقيمة اقل من الف قرش فضة فالشفعة باقية (ابو السعود، ومنلا مسكين، والكنز).

سادساً، لو سلم الشفيع الشفعة باستخبار ان العقار المشفوع بيع في مقابل بقرة ثم تبين انه بيع مقابل فرس او عرض آخر ينظر، فاذا فهم ان قيمة ذلك الفرس أو العرض مساوية لقيمة البقرة او اكثر فلا شفعة له، واذا كانت اقل بطل تسليم شفعته. لانها القيمة الواجبة على الشفيع (ابو السعود).

٢ - جنسه: يختلف الغرض في الشفعة باختلاف جنس الثمن. فلو سلم الشفيع الشفعة لاستماعه وقوع البيع بالف قرش فضة ثم بعد ذلك ظهر انه بيع بشعير او قمح باقل من تلك القيمة او اكثر او بغير ذلك من المكيلات او الموزونات والعدديات المتقاربة بطل تسليم الشفعة وبقيت شفعة الشفيع. لأن التسليم في جنس واحد للثمن لا يكون تسليماً في جنس آخر له. لأنه قد يسهل على الشفيع الاداء من جنس مع تعذره عليه من جنس آخر، فالحكم في كل مكيل وكل موزون وكل عددي متقارب على هذا المنوال.

كذلك لو سلم الشفيع الشفعة بناء على اخباره ان الثمن عرض ثم فهم ان الثمن مكيل او موزون فتبقى شفعته (ابو السعود).

٣ - مشترى المشفوع: يختلف الغرض في الشفعة باختلاف المشترى. فلو سلم الشفيع بالشفعة عند استماعه ان المشتري فلان ثم بعد ذلك لو فهم ان المشتري شخص آخر بطل تسليم الشفعة وبقيت له الشفعة لأن الناس متفاوتون في اخلاقهم فبعضهم يرغب في معاشرتهم وبعضهم يجتنبون لشرهم. بناء عليه فتسليم الشفعة في حق اناس لا يكون تسليماً في حق آخرين (ابو السعود ومجمع الانهر).

كذلك لو سلم الشفيع الشفعة بناء على استماعه ان المشتري فلان وثبت ان المشتري شخص آخر مع المشتري المذكور تكون الشفعة للشفيع في حصة ذلك الآخر، لأن تسليم الشفعة في حق هذا غير موجود (ابو السعود).

فلو اشترى رجل داراً وقال للشفيع اشتريتها لنفسي فسلم الشفيع الشفعة او سكت، ثم ظهر انه اشتراها لغيره فلا تبطل الشفعة وعليه الفتوى (الانقروي) ولو قال سلمتها ان كنت اشتريت لأجل نفسك فإن كان اشتراه لغيره فلا تبطل الشفعة، لأنه اسقاط، والاسقاط يحتمل التعليق (الهندية في الباب التاسع).

٤ ـ مقدار المبيع: لو سلم الشفيع الشفعة بناء على استخبار ان ما بيع هو نصف العقار فقط ثم بعد ذلك فهم انه قد بيع كل العقار فتثبت الشفعة للشفيع في كل المبيع وليس في الباقي فقط. لأنه لما كان اخذ الكل من حق الشفيع، وهو انما سلم بالنصف، والكل غير النصف، فاسقاط النصف ليس اسقاطاً للكل. وكذلك تسليم الشفيع الشفعة ناشيء عن خوف ضرر الشركة اما بيع الكل فليس فيه شركة.

وهذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والأول يستقيم فيهما (أبو السعود).

أما الحكم في عكسه فليس كذلك يعني لو سلم الشفعة بناء على استماعه بيع العقار بتمامه ثم بعد ذلك فهم أن المبيع هو نصفه فلا تكون له شفعة على ظاهر الرواية (الهداية) لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه لأن رغبة الناس في الكل عادة أكثر من رغبتهم في الأشقاص لخلو الجمل عن التشبقيص فإذا لم يرغب فيه فالأولى أن لا يرغب في التشقيص (أبو السعود ومجمع الأنهر) وهذا محمول على ما إذا كان ثمن الكل بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف فسلم ثم ظهر أنه اشترى النصف بالألف، أما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف ثم بان أنه اشترى النصف بخمسمائة فإنه على شفعته (الجوهرة).

كذلك لو زاد البائع مالاً على المبيع بعد تسليم الشفيع الشفعة تثبت الشفعة للشفيع وإن كان هذا المال منقولاً وفي هذه الصورة إذا كان الشيء المزيد منقولاً فللشفيع أخذ العقار فقط من الثمن (الهندية في الباب التاسع).

التقسيم الأول لتسليم الشفعة:

مبطلات الشفعة بعد ثبوتها قسمان، القسم الأول اختياري، والقسم الثاني ضروري.
الاختيارات نوعان :

النوع الأول، الصريح وما يجري مجراه. كأبطلت شفعتي أو اسقطتها أو أبرأتك من الشفعة أو سلمتك الشفعة وما إلى ذلك من الألفاظ، ولو قال أجنبي للشفيع سلم الشفعة للمشتري فقال سلمها لك أو وهبتها وأعرضت عنها كان تسليماً في الاستحسان لأن الأجنبي إذا خاطبه لزيد فقال سلمتها لك فكأنه قال سلمتها له من أجلك، وإن قال الشفيع لما خاطبه الأجنبي قد سلمت لك شفعة هذه الدار أو وهبت لك شفعتها لم يكن ذلك لأنه كلام مبتدأ (الجوهرة).

كذا لو سمع الشفيع عقد البيع وقال هو مناسب، يسقط حق الشفعة، وليس له بعد ذلك طلب الشفعة أنظر المادة (٥١).

وقوله في هذا المثال «إذا سمع عقد البيع» ليس قيداً احترازياً. لأن العلم والجهل متساويان في الإسقاط الصريح، بخلاف الإسقاط بطريق الدلالة فإنه لا يسقط حقه ثمة إلا بعد العلم بالبيع (الهندية

في الباب التاسع).

مثلاً لو قال البائع أو المشتري للشفيع أبرئنا من إقامة الدعاوي، وأبرأهما، أي البائع والمشتري، من كافة الدعاوى ولم يكن عالماً بوقوع البيع تسقط شفعته قضاء وديانة على القول المفتى به (الهندية قبيل الباب العاشر، الطحطاوي).

وعليه، فتسليم الشفعة اسقاط. وبما أنه لا يتوقف على العلم فتسقط شفعة الشفيع بالتسليم سواء أكان وقت التسليم واقفاً عليه أو غير واقف وسواء أكان المشتري حاضراً أم غائباً (الهداية).

النوع الثاني، الدلالة: وهي كل ما يدل على عقد البيع من طرف الشفيع أو على الرضا بحكم العقد للمشتري. وذلك كترك الطلب فوراً، والمساومة، والإستئجار من المشتري، والأخذ مزارعة، والأخذ معاملة، والاستيداع، والاستيصاء، وطلب الشفيع أن يعطى له المشفوع صدقة، وقول المشتري للشفيع بعت تولية (هو البيع بثمن مثل الذي اشتراه به بعد بيانه ذلك) وقال الشفيع هو مناسب، وقول الشفيع للمشتري يعني توليه، وقول المشتري للشفيع انني قد صرفت كذا على البناء فإذا كنت تعطيني المصاريف أبيعك ما أخذته، فقال له الشفيع مناسب، فهذه الأشياء تسليم دلالة (الهندية في الباب التاسع).

وكذا لو أراد الشفيع بعد أن سمع بعقد البيع اشتراء العقار المشفوع من المشتري أو استئجاره منه يسقط حق شفعته ولا يعود له حق الشفعة بامتناع المشتري عن البيع أو الإيجار لأن ذلك دليل الإعراض (الزيلعي، والدرر، وفتح المعين).

القسم الثاني: الضروري، وهذا عبارة عن وفاة الشفيع بعد الطلبين وقبل الأخذ بالشفعة (الهندية في الباب التاسع).

التقسيم الثاني لتسليم الشفعة:

ويكون تسليم الشفعة أما كلاً أو بعضاً، كقولك سلمتك نصف شفعتي أو ثلثها.

وعلى هذا الوجه يحصل تسليم الكل بتسليم البعض، أنظر المادة (٦٣) (مجمع الأنهر).

التقسيم الثالث لتسليم الشفعة:

ويكون تسليم الشفعة من طرف الشفيع، وهذا ظاهر. أو يكون من طرف الوكيل بالشراء. فلو سلم الوكيل بالشراء الشفعة تسقط شفعة الموكل بالإجماع. كذلك لو سكت الوكيل المرقوم عن طلب المواثبة تسقط الشفعة بالإجماع. أو سلم الوكيل بطلب الشفعة، فإذا سلم في مجلس الحاكم كان صحيحاً عند الشيخين وإذا سلم في غير مجلس الحاكم فالتسليم عند الإمام الأعظم غير صحيح وعند الإمام أبي يوسف صحيح، وهذا الاختلاف بما أنه فرع من الاختلاف في اقرار الوكيل وقد اختير في المادة (١٥١٧) قول الإمام الأعظم، هذه المسألة أيضاً يلزم أن تبنى على قول هذا الإمام. (مجمع الأنهر).

وكما يجوز للوكيل بطلب الشفعة أن يسلم الشفعة على الوجه المشروح، فإقراره بتسليم موكله إذا كان في حضور الحاكم صحيح، أما في حضور غير الحاكم فليس بصحيح .(مجمع الأنهر) أنظر المادة (١٥١٧) لكنه يخرج من الخصومة (الدر المختار).

وقوله في المثال الأخير (إذا أراد) ليس للاحتراز، فإذا اشترى الشفيع بالفعل من المشتري فلا تبقى له شفعة. لأن محاولة الشفيع الشراء من المشتري اعراض عن الشفعة، ولذلك يسقط حق الشفعة، أنظر المادة (١٠٢٩).

وتتفرع المسألة الآتية من بطلان الشفعة إذا اشترى الشفيع من المشتري:

يثبت حق الشفعة لغير شفيع مشتري المشتري من الشفعاء، سواء أكان هؤلاء الشفعاء مساوين لشفيع المشتري درجة أم كانوا دونه. وعليه فلهؤلاء الشفعاء أخذ المشفوع بالعقد الأول أو بالعقد الثاني. أما لو اشترى الشفيع من صاحب المال فلا شفعة لمن في داخله من الشفعاء (الزيلعي، والدرر، وأبو السعود).

ويفهم من هذه الإيضاحات أن لا منافاة بين هذا الشرح ومسألة «تثبت الشفعة للمشتري أيضاً» المبينة في شرح الماد (١٠٠٨).

جاء «بعد أن سمع بانعقاد البيع» لأن الشفيع لو استلم أو طلب الاستئجار من المشتري وهو غير عالم بالشراء فلا تبطل الشفعة (الهداية).

٢ ـ مثال: لا شفعة لمن يعقد البيع أو لمن يباع لأجله أو لمن يكون متمماً للعقد، أنظر المادة (١٠٠) هذه ضابطة يتفرع منها المسائل الآتية (أبو السعود).

المسألة الاولى، لا شفعة لأحد في المال الذي يبيعه، فلو باع أحد نصف حصته في العقار الذي يملكه مع آخر مناصفة ومشاعاً واتخذ صاحب الحصة الاخرى الشفعة، فليس للبائع أن يشارك الشفيع بحجة أنه شريك في المبيع.

المسألة الثانية، لو وكل أحد آخر في بيع نصف عقاره من أحد، ولدى بيعه وإرادة الجار الشفيع أخذه من المشتري، فليس لذلك الشخص، أي الوكيل بالبيع، أن يقول بما إنني شريك في نفس المبيع فإني شفيع به.

المسألة الثالثة، كذلك إذا كان أحد وكيلاً للبائع وكان شفيعاً في العقار، فلا يكون له حق الشفعة أيضاً (مجمع الأنهر).

المسألة الرابعة، لو اشترى اثنان عقاراً وكان أحدهما شفيعاً فليس لذلك الشفيع حق الشفعة في حصة ذلك المشتري الأجنبي لأن شراء الأجنبي لا يتم إلا بقبول الشفيع لنفسه (الهندية عن الخانية في الباب الأول).

المسألة الخامسة، إذا كان لعقار ثلاثة شفعاء فاشتراه اثنان منهم فقط على أن يكون سدسه لأحدهما والخمسة اسداس للثاني، فبما أنهما قد اشتريا هذا العقار صفقة واحدة كان الشراء صحيحاً وليس لأحدهما على الآخر حق شفعة، لأنهما متى اشتريا بالعقار صفقة واحدة صار كل واحد منهما متمماً عقد صاحبه لأنه لا يصح شراء أحدهما إلا بقبول الآخر، فلو أخذ منه كان ساعياً في نقض ما تم به (أبو السعود).

المسألة السادسة، لو كان أحد وكيلاً بالدرك في البيع، فلا تكون له شفعة في ذلك البيع، أنظر شرح المادة (٦٣٨) لأنه بضمانه له الدرك ضمن له أن يحصل له الدار. وذلك لا يكون إلا بتركه الشفعة، وفي أخذه بها ابطال ذلك (مجمع الأنهر).

المسألة السابعة، لو عقد البيع على أن الشفيع كفيل بثمن المبيع على وجه المادة (١٨٧) وكان الشفيع حاضراً وكفل فلا شفعة له، لأن البيع تم من جهة الشفيع فلا شفعة له (الهندية في الباب الأول).

المسألة الثامنة، إذا شرط الخيار في عقد البيع لشخص ثالث، ونفذ الشخص المذكور البيع وأسقط الخيار فلا شفعة له، إلا أنه لو قال لدي تنفيذ البيع (قد أمضيت البيع لكوني أخذت المبيع بالشفعة) فلا يكون مسقطاً لشفعته (الهندية في الباب الأول من الشفعة).

جاء في مثال المجلة الأخيرة «إذا كان وكيلاً للبيع» للاحتراز عن الوكيل بالشراء. فلو وكل المشتري لاشتراء عقار شفيعه، والشفيع المشتري اشتراه بالوكالة أيضاً تثبت الشفعة أيضاً، لأن البيع يحصل للموكل بعقد البيع، والشفعة تجب بعده فلا تبطل إلا بتسليم أو سكوت ولم يوجد واحد منهما، ولأن أخذه بالشفعة تتميم للعقد فلذا صحت له، فإذا قلت كيف يقضي له بها؟ قلت: إن كان الآمر حاضراً قضى له بالشفعة على الآمر، ويؤمر المشتري، وهو الشفيع، بقبضها لنفسه، وعهدته على البائع، وإن كان الآمر غائباً قبضها أولاً للآمر والعهدة عليه (الجوهرة).

كذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة عقاراً فصار رب المال لذلك العقار شفيعاً، بسبب عقار آخر، كان لرب المال حق الشفعة والحكم واحد سواء أكان الشراء من الأصيل أم من الوكيل (مجمع الأنهر).

٧ ـ بعد البيع: أما التسليم قبل البيع فلا يسقط الشفعة. لأن ثبوت الشفعة يكون بعد وجود البيع وبما أن الشفعة قبل البيع معدومة، فالتسليم ليس بصحيح (عبد الحليم).

وفي خيار الرؤية نظير هذا، فلو أسقط المشتري خياره قبل رؤية المبيع فلا يسقط. أما بعد البيع فالتسليم صحيح، سواء أعلم الشفيع بوجوب الشفعة أم لم يعلم وسواء أعلم المسقط إليه هذا الحق أم لم يعلم (الهندية في الباب التاسع) لأن تسليم الشفعة اسقاط حق، ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد، وإسقاط الحق يعتمد على وجوب الحق دون علم المسقط إليه، كالطلاق والعتاق (الطحطاوي).

وإذا وهب لرجل داراً على عوض ألف درهم، فقبض أحد العوضين دون الآخر، ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل، حتى إذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة لأنه أسقط حقه قبل الوجوب (الطحطاوي).

٨ ـ الإبراء: لو أبرأ الشفيع بعد البيع المشتري من حق الشفعة سقط حق الشفعة.

وهذا الإبراء ليس بموقوف على قبول المشتري كما لا يرد برده (أبو السعود).

والإبراء كما يكون حقيقة يكون مجازاً، والإبراء من الشفعة مجازاً هو بيعها من المشتري أو اجراء صلح على مال مع المشتري عن حق الشفعة. فلو باع الشفيع حق شفعته للمشتري بكذا درهماً وأخذه

المشتري تسقط الشفعة فلا بدل ويكون بيع الشفعة باطلاً. لأن البيع تمليك مال بمال، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك، فكان عبارة عن الإسقاط مجازاً، فتسقط الشفعة ولا يلزم المال (مجمع الأنهر).

كذلك لو تصالح الشفيع مع المشتري على أن يترك حق شفعته على مال غير المشفوع كان الصلح باطلاً، ولا يلزم المال المذكور، وإذا أخذ الشفيع المال المذكور، أي بدل الصلح، تلزم إعادته، لأن حق الشفعة حق التملك المجرد وهو غير متقرر في محل، فلا يجوز أخذ عوض في مقابلة ويكون المأخوذ رشوة (أبو السعود، ومجمع الأنهر، والدر المختار).

فلو كان الصلح على نصف الدار بنصف الثمن جاز الصلح بخلاف ما لو صالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن حيث لا يجوز الصلح لأن حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الأعراض (العناية، وأبو السعود).

لصلح الشفيع ثلاثة أوجه:

الوجه الأول، الصلح على نصف المشفوع بنصف الثمن، وهذا الصلح جائز.

الوجه الثاني، الصلح على أن يؤخذ محل معين من العقار بحصته من الثمن، وهذا الصلح ليس صحيحاً لأن الحصة من الثمن مجهولة، ولا تبطل شفعته، لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بعد الصلح.

الوجه الثالث، تبطل شفعته ولا يلزم اعطاؤه بدل الصلح، كالصلح على مقدار من الدراهم على أن يترك الشفيع شفعته، وهذا الصلح باطل. لأنه حصل اعراض عن الأخذ بالشفعة، ولا يجب المال (الأنقروي).

﴿مادة ١٠٢٥﴾ - (يشترط أن يكون البدل مالاً معلوم المقدار. بناء عليه لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك بالبدل الذي هو غير مال. مثلاً لا تجري الشفعة في الدار التي ملكت بدل اجرة الحمام لأن بدل الدار هنا ليس بمال وإنما هو الاجرة التي هي من قبيل المنافع. كذلك لا تجري الشفعة في الملك العقاري الذي ملك بدلاً عن المهر)

يلزم أن يكون بدل العقار المشفوع الذي يملك حائزاً على شرطين، أولهما، أن يكون ذلك البدل معلوم المقدار، ثانيهما، أن يكون مالاً.

إيضاح الشرط الأول: يشترط أن يكون بدل العقار المشفوع الذي يملك معلوم المقدار. وعليه فإن جهالة الثمن تمنع الشفعة (التنقيح).

وعليه فلو باع أحد عقاره من آخر بألف درهم مع قبضه فلوس مشار إليها وغير معلوم عددها وقبض الثمن ونثر الفلوس في مجلس البيع فأضاعها، فليس للشفيع طلب ذلك العقار وأخذه بالشفعة لأن البدل وإن كان معلوماً حال عقد البيع فقسم منه مجهول في حال الشفعة ولذلك يتعذر حكم الحاكم،

أنظر المادة (٤٦)، وستذكر هذه المسألة في آخر هذا الكتاب في حيل إسقاط (الشفعة) إلا أنه إذا لم يصدق الشفيع جهالة الفلوس المفقودة بل قال إنني أعلم مقدارها وإدعى بأنها كذا فلساً ولم يدع المتبايعان بأنها كانت أزيد وبقيا على جهالتها فللشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة بالمبلغ المذكور مع بدل الفلوس الضائعة بدون أن يحلف على أن الفلوس كانت أزيد من المقدار الذي اعترف به (البهجة والخلاصة).

إيضاح الشرط الثاني: يشترط أن يكون بدل العقار المشفوع الذي ملك مالاً.

بناء عليه لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك ببدل غير المال، والبدل الذي ليس بمال هو:

(١) المنفعة.

(٢) المهر.

(٣) بدل الصلح عن دم العمد، وما اشبه ذلك.

١ ـ تفصيل المنفعة: لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك بدل اجرة الحمام مثلاً، لأن بدل العقار هنا ليس بمال وإنما هو الأجرة التي هي من قبيل المنافع.

والسبب في عدم جريان الشفعة في العقار الذي ملك ببدل المنفعة هو أن الاجرة لم تكن مالاً كما أنه ليس لها مثل ليتمكن الشفيع من أخذه، لأن تقوم المنافع في الإجارة هو لضرورة الحاجة والثابت للضرورة يقدر بقدرها، فلا تكون المنافع متقومة في حق الشفعة (مجمع الأنهر).

وقول المجلة «الأجرة» للاحتراز عما يأتي، وهو أنه لو استؤجر حمام بمبلغ معين وبيعت الدار بدلاً للمبلغ المذكور فتجري الشفعة في تلك الدار (الهندية في الباب الأول استنباطاً).

مثال للعقار الذي يجعل بدلاً للمنفعة:

لو ادعي أحد على ورثة المتوفي ان مورثهم قد أوصى له أن يسكن داره المملوكة مدة كذا فصالحه الورثة على بيت فلا تجري الشفعة في ذلك البيت لأن بدل هذا المنفعة التي هي السكنى (الهندية في الباب الأول).

مثال آخر: إذا كان بدل الصلح منفعة فلا تجري الشفعة في العقار المصالح عنه سواء أكان الصلح عن اقرار أم عن انكار (الهندية في الباب الأول) أنظر المادة (١٥٤٩).

٢ ـ تفصيل المهر: كذلك لا تجري الشفعة في الملك العقاري الذي ملك بدلاً عن المهر المسمى، لأن بدل العقار الذي يجعل مهراً ليس بمال. بل هو منافع البضع. مثلاً لو تزوج شخص بامرأة وجعل مهرها عقاراً ودفعت الزوجة للزوج مائة درهم، فلا تجري الشفعة في أي جزء من ذلك العقار ولو في القسم الذي جعل مقابله نقوداً. لأن معنى البيع في هذا تابع والمهر أصل، وكما أن الشفعة لا تثبت في الأصل لا تثبت في التابع (مجمع الأنهر، الدرر).

المهر المسمى: وهو المهر المسمى للزوجة حين عقد النكاح، ويكون معجلاً ومؤجلاً.

وقول المجلة «بدلاً عن المهر» احتراز عما يأتي:

مثلاً، لو تزوج أحد بامرأة على مهر معين أي بعد تسميته لها مهراً معيناً أعطى زوجته العقار المذكور في مقابل ذلك المهر تجري الشفعة فيه لأن بدل العقار في هذه الصورة قد صار مالاً. كذلك لو

تزوج بغير مهر مسمى وتقرر عليه بناء على ذلك مهر المثل ثم أعطى ذلك العقار لزوجته مقابل مهرها تجري الشفعة في ذلك العقار (الهندية في الباب الأول).

مهر المثل، هو المهر الذي يلزم الزوج بعد الدخول لعدم تسميته لها مهراً حين عقد النكاح.

٣ ـ إيضاح الصلح عن دم العمد:

لو تصالح القاتل عمداً مع ورثة المقتول عن دم العمد على عقار فليس للشخص الذي يتصل ملكه بذلك العقار حق الشفعة (البهجة).

كذلك لو اشترط الورثة على القاتل إعطاءه أيضاً ألف درهم علاوة، فعند الإمام الأعظم لا تجري الشفعة في ذلك العقار أيضاً (الهندية في الباب الأول).

أما لو وقع الصلح على مبلغ معين عن دم العمد، وأعطى في مقابل بدل الصلح عقار فتجري الشفعة في هذا العقار، كذلك لو تصولح عن جناية توجب الدية أو الإرش فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه لأن بدل هذا العقار مال.

أما لو وقع الصلح على عقار عن جنايتين أحداهما توجب القصاص والأخرى توجب الدية أو الإرش فلا تثبت الشفعة في مقدار ما عند الإمام الأعظم، فحسب المادة (٤٦)، لكن عند الإمامين تجري الشفعة في الحصة التي تصيب الإرش أو الدية.

﴿مادة ١٠٢٦﴾ ـ (يشترط أن يزول ملك البائع عن المبيع. بناء عليه لا تجري الشفعة في البيع الفاسد ما لم يسقط حق استرداد البائع وإنما في البيع بشرط الخيار إن كان المخير المشتري فتجري الشفعة وإن كان المخير البائع فلا تجري الشفعة ما لم يسقط حق خياره. وأما خيار العيب وخيار الرؤية فليسا بمانعين لثبوت الشفعة).

يشترط أن يزول ملك البائع عن المبيع ويزول حقه فيه. وعليه فإذا لم يزل ملكه فلا تثبت الشفعة كالبيع الذي فيه الخيار للبائع وكالبيع الفاسد قبل القبض.

كذلك لا تثبت الشفعة إذا زال الملك ولم يزل الحق كالبيع الفاسد بعد القبض.

لأنه كما ذكر في المادة (٣٦٢) إن البيع الفاسد يكون نافذاً عند القبض، كما أنه إذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بإذن البائع يكون مالكاً له كما هو محرر في المادة (٣٧١) وتزول ملكية البائع بعد ذلك إلا أنه لما كان للبائع حق فسخ البيع واسترداد المبيع فلا يزول حق البائع من المبيع المذكور

ويستفاد من هذه المادة وشرحها أربعة أحكام، وبما أن كلاً من التفريعات الآتية يتفرع من حكم فقد كان من المناسب بيانها اجمالاً.

الحكم الأول، إذا زال حق البائع من المبيع تثبت الشفعة. ويستفاد مثاله من الفقرة الآتية.

فلو زال حق البائع بالفسخ في البيع الفاسد بعد القبض تثبت الشفعة.

الحكم الثاني، إذا لم يزل حق البائع من المبيع فلا تجري الشفعة، ومثال هذا في الفقرة الآتية.

الحكم الثالث، إذا زال ملك البائع عن المبيع تثبت الشفعة. ومثال هذا جاء في المتن وهو (وإنما في

البيع بشرط الخيار إن كان المخير المشتري تجري الشفعة) ويستفاد من الجملة التالية مثال آخر، والجملة هي «وإن كان المخير البائع فلا تجري الشفعة ما لم يسقط حق خياره».

الحكم الرابع، لا تثبت الشفعة إذا لم يزل ملك البائع عن المبيع.

ومثال هذا فقرة «وان كان المخير البائع فلا تجري الشفعة ما لم يسقط حق خياره».

وعليه فلما كان ملك البائع لا يزول عن العقار الذي بيع بيعاً فاسداً قبل القبض فلا تجري الشفعة فيه وبما أنه لا يسقط حق البائع في استرداد هذا المبيع حتى بعد القبض فلا تجري الشفعة فيه ما لم يسقط حق البائع في استرداده. وإذا اتفقا على الفساد وكذبهما الشفيع فلا شفعة للشفيع على كل حال، كما لو اتفقا على البيع بشرط الخيار وكذبهما فيه الشفيع (الهندية في إلباب العاشر).

والحاصل، أنه لا تجري الشفعة قبل القبض في العقار المباع بيعاً فاسداً، كما أنه لا تجري الشفعة بعد القبض أيضاً.

والسبب في عدم جريان الشفعة قبل القبض هو أن القبض في البيع الفاسد لا يفيد حكم الملكية قبل القبض أي لأنه لا تزول ملكية البائع من المبيع، وأما البيع الفاسد بعد القبض فإنه وإن كان يفيد الملكية إلا أنه لما كان للبائع حق الفسخ، كما هو مذكور في المادة (٣٧٢)، فلا ينقطع حق البائع من المبيع.

فلو جرت الشفعة فيه لاستوجب ذلك انتقال الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفيع مع وصف الفساد ولما كان ذلك إقراراً للفساد وإبقاء له فهو غير جائز (أبو السعود، والهندية).

وتدل عبارة «ما لم يسقط حق استرداده» في المجلة أنه إذا سقط حق الاسترداد فتثبت الشفعة حينئذ فوراً.

فلو بنى المشتري بناء في ذلك العقار فبما أنه يسقط بذلك حق الفسخ، بمقتضى المادة (٣٧٢)، ويزول حق البائع فتثبت الشفعة (البهجة) لأن المانع للشفعة هو حق فسخ البائع، فإذا زال المانع المذكور تعود الشفعة الممنوعة (الهداية).

مثال آخر: لو اشترط للمشتري خيار مؤبد فلا شفعة للشفيع بناء على فساد البيع. لكن لو أبطل المشتري الخيار المذكور ونفذ البيع تثبت الشفعة لزوال فساد البيع (الهندية في الباب الأول).

وقت طلب المواثبة في البيع الفاسد:

كما ينقطع حق البائع على هذا الوجه في البيع الفاسد فيجب أن يطلب الشفيع الشفعة فوراً (الدر المنتقي) فلو باع المشتري اشتراء فاسداً العقار المذكور من آخر يثبت حق شفعة الشفيع، أنظر المادة (٣٧٢).

لكن في هذه الحال يكون الشفيع مخيراً إن شاء أخذه بالبيع الأول. وفي هذه الصورة يعطي الشفيع قيمة المبيع يوم قبضه لأن ملكه في المشفوع قد تقرر بالحكم فلا يبطل بإخراج الأولى عن ملكه (مجمع الأنهر).

وإن شاء أخذه بالبيع الثاني، وفي هذه الصورة يعطى الشفيع الثمن المسمى، أي الثمن المسمى في البيع الثاني.

كذلك لو أخرج المشتري شراء فاسداً المبيع من ملكه بوجه ما كأن يهبه لآخر أو يجعله مهراً فللشفيع أن ينقض تلك التصرفات ويأخذ المبيع بقيمته (أبو السعود).

تنبيهان:

التنبيه الأول ـ البيع الفاسد الذي لا تجري فيه الشفعة هو البيع الذي ينعقد فاسداً ابتداء.

أما في البيع الذي يكون فاسداً بعد أن ينعقد صحيحاً ابتداء فتجري الشفعة فيه. مثلاً لو اشترى غير مسلم عقاراً من آخر غير مسلم في مقابل خمر ثم أسلم الإثنان قبل التقابض أو أسلم أحدهما كان البيع فاسداً لكن تثبت الشفعة للشفيع (أبو السعود).

التنبيه الثاني ـ إن العقار الذي بيع بيعاً فاسداً، كما هو مبين في هذه المادة، لا يكون مشفوعاً، ولكن يكون مشفوعاً به أحياناً للبائع وأحياناً للمشتري.

فلو باع أحد عقاراً بيعاً فاسداً وقبل أن يسلمه للمشتري بيع عقار آخر في جانبه يكون البائع شفيعاً لذلك العقار الآخر. لأن ملك البائع في المشفوع له باق. كذلك لو بيع عقار متصل بالعقار الذي اشتراه المشتري شراء فاسداً وقبضه فللمشتري أن يكون شفيعاً في العقار المذكور بسبب ذلك العقار المشتري لأن المشفوع به ملك للمشتري، أنظر المادة (٣٧١) وفي هذه الصورة لا يكون في ذلك اقراراً للفساد لأنه لو حكم في هذه الحال بالشفعة للمشتري في ذلك الملك فلا يكون ذلك مانعاً من حق البائع في استرداد المبيع بسبب فساد البيع وفي هذه الحال يبقى الملك المشفوع المذكور، كما كان، ملكاً للمشتري لأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض كالمغصوب أما لو استرده البائع قبل الحكم بالشفعة فتبطل شفعة المشتري بناء على المادة (١٠٣٩) (الهندية في الباب الأول، أبو السعود، الهداية، رد المحتار).

وإذا كان المشتري في البيع بشرط الخيار مخيراً وحده فقط فتجري الشفعة. لأن خيار المشتري ليس مانعاً من زوال ملك البائع، وفي هذه الحال أيضاً يزول ملك البائع عن المبيع بالاتفاق. أما الشفعة فتكون بخروج المبيع من ملك البائع وليس بدخوله في ملك المشتري. ألا ترى أنه تجري الشفعة في العقار الذي يدعي البائع أنه باعه من زيد وينكر زيد الشراء. والسبب هو أن البائع معترف بخروج العقار من ملكه، مع أن العقار المذكور لم يدخل في ملك زيد لإنكاره الشراء (أبو السعود) أنظر شرح المادة (٩٥٠).

ولو ضبط الشفيع العقار المبيع في مدة خيار المشتري بالشفعة فليس للمشتري بعد أن يفسخ البيع بخيار الشرط ويلزم الشفيع ولا ينتقل خيار المشتري للشفيع. لأن خيار الشرط إنما يثبت بالشرط. والشرط كان للمشتري وليس للشفيع (أبو السعود).

وإذا وقع الاشتراء في مقابل فرس معين وشرط الخيار للمشتري فإذا أخذ الشفيع العقار بالشفعة وجب البيع. وإذا أبطل المشتري في هذه الصورة خياره فيسلم ذلك الفرس للبائع. وإذا امتنع المشتري

عن ابطال خياره أخذ فرسه ويعطي البائع قيمة الفرس الذي أخذه من الشفيع . ولا يكون أخذ الشفيع العقار بالشفعة اختياراً من المشتري واسقاطاً لخياره في الفرس بخلاف ما إذا باعها المشتري فذلك اختيار منه (الهندية في الباب الأول بتغيير) .

إن المبين في هذه الفقرة هو أن العقار الذي يباع بخيار الشرط للمشتري يكون مشفوعاً، كما أن العقار المذكور يكون مشفوعاً به .

مثلاً لو بيع عقار متصل بعقار آخر شري بشرط الخيار للمشتري فللمشتري أخذه بالشفعة عند الإمامين، إذ يدخل المبيع في ملك المشتري عندهما إذا كان المشتري مخيراً وحده وكذا عند الإمام لأنه صار أحق بالمبيع من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة (مجمع الأنهر) .

لو اتخذ المشتري على هذا الوجه الشفعة فيكون قد أجاز البيع في المشفوع به . فلو جاء الشفيع بعد ذلك وأخذ العقار الأول بالشفعة فليس له كذلك أخذ العقار الثاني بالشفعة لأنه إنما يتملكها الآن فلا يصير بها جاراً للدار الأخرى من وقت العقد (الهندية في الباب الأول، وأبو السعود) .

هذا إذا لم تكن متصلة بملكه فإن كانت متصلة كان له يشاركه فيها بالشفعة (مجمع الأنهر).

وإذا كان البائع مخيراً في المبيع أو في بدل المبيع، مثلاً كهذا الفرس أو هذه الصبرة من الحنطة، فلا تجري الشفعة ما لم يسقط حق الخيار (الهندية في الباب الأول عن المحيط) .

لأن خيار البائع مانع لزوال ملكه عن المبيع . أما لو أسقط البائع خياره فتجري الشفعة بناء على المادة (٢٤) لكن اختلف في هذه الصورة في زمان طلب الشفعة، فعند بعض الفقهاء يجب طلب الشفعة عند سقوط الخيار والصحيح هو هذا (الهداية والجوهرة) .

وعند بعضهم يقتضي طلب الشفعة عند البيع (فتح المعين على الكنز) .

وعليه لو بيع في جنب العقار الذي يباع والبائع مخير عقار آخر فللبائع أخذ هذا العقار بالشفعة . لأن البائع إذا كان مخيراً فبما أن المبيع لا يخرج عن ملكه فله الحق في اتخاذ الشفعة في هذا العقار الآخر وعى هذا الوجه فلو اتخذ الشفعة سقط الخيار وانفسخ البيع لأن الأخذ بالشفعة نقض منه للبيع (فتح المعين الهندية في الباب الأول) .

أما الخيار العيب وخيار الرؤية اللذان يثبتان للمشتري من غير شرط فليسا بمانعين لثبوت الشفعة وعليه فللشفيع حق الشفعة ولو كان هذان الخياران باقيين للمشتري .

ولذلك لو فسخ الشفيع البيع قبل أخذه العقار بالشفعة بأخذ هذين الخيارين، سواء أكان الفسخ قبل القبض أم بعده، فلا يسقط حق شفعة الشفيع، سواء أكان الفسخ بحكم القاضي أم برضاء البائع .

﴿مادة ١٠٢٧﴾ ـ (لاتجري الشفعة في تقسيم العقار فلو اقتسمت دار مشتركة بين المتشاركين فلا يكون الجار الملاصق شفيعاً) .

لا تجري الشفعة في تقسيم العقار وفي رد المبيع بخيار الرؤية أو بخيار الشرط أو بخيار العيب بحكم الحاكم .

إيضاح تقسيم العقار: لا تجري الشفعة سواء أوقع التقسيم رضاء أم وقع قضاء على كلتا الصورتين (الهندية في الباب الأول) لأن القسمة فيها معنى الإفراز، بمقتضى المادة (١١١٦)، ولذلك يجوز فيها الجبر لهذا الاعتبار، والحال أن الشفعة مشروعة في المبادلة من كل وجه ولذلك فلا تكون مشروعة في القسمة التي هي مبادلة من وجه وإفراز من وجه آخر (الدرر، عزمي زاده، أبو السعود).

مثلاً لو اقتسمت دار مملوكة مشتركة بين المتشاركين بالرضاء أو بالقضاء فلا يكون الجار الملاصق أو الخليط في حق المبيع شفيعاً.

إيضاح رد المبيع بخيار الرؤية وخيار الشرط:

لا تجري الشفعة في رد المبيع بخيار الرؤية وخيار الشرط سواء أكان بحكم الحاكم أم كان بلا حكم الحاكم لأن رد المبيع بهذين الخيارين فسخ للمبيع من كل وجه، وبما أنه لا يصلح بوجه ما ان يكون بيعاً جديداً فلا تثبت الشفعة به (أبو السعود).

مثلاً لو باع أحد عقاراً له من آخر وسلم الشفيع الشفعة فرد المشتري العقار المذكور بخيار الرؤية وخيار الشرط فليس للشفيع اتخاذ الشفعة بسبب ذلك (أبو السعود).

إيضاح الرد بخيار العيب:

وكذا لا تثبت الشفعة في رد المبيع بخيار العيب بحكم الحاكم بعد قبض المبيع أو قبل قبضه، كما لا تثبت الشفعة في الرد بخيار العيب بلا حكم الحاكم قبل قبض المبيع. لأن هذا فسخ من الأصل (أبو السعود).

مثلاً لو باع أحد عقاراً وبعد أن سلم الشفيع الشفعة رد وأعاد المشتري المذكور العقار المبيع بخيار العيب بحكم الحاكم فليس للشفيع اتخاذ الشفعة لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة في البيع لا في الفسخ (مجمع الأنهر).

كذلك لو كان للعقار شفيعان، أحدهما حاضر والآخر غائب، وبعد أن حكم بكل الشفعة للحاضر ورد الشفيع ذلك العقار للمشتري بعيب قديم بحكم الحاكم وحضر الشفيع الآخر فليس له أخذ الكل ولا النصف بالشفعة، يعني ليس له أخذ أحدهما لأنه فسخ مطلق ورفع للعقد من الأصل كأنه لم يكن والأخذ بالشفعة يختص بالبيع (الهندية في الباب السادس).

أما لو رد المشتري العقار المشتري بعد أن قبضه بخيار العيب للبائع بلا حكم الحاكم وأخذه هو وقبله فتجري الشفعة.

لأن هذا العقار قد عاد حينئذ إلى ملك البائع بقبوله ورضائه، فكان ذلك بمنزلة الشراء الجديد فيتعلق به حق الشفعة (أبو السعود، ومجمع الأنهر، والهداية).

كذلك قد ذكر في شرح المادة (١٠٢١) إن الشفعة تجري في الإقالة أيضاً.

الفصل الثالث

في بيان أنواع طلب الشفعة وكيفية طلبها

تكون الشفعة واجبة بالعقد والجوار وتتأكد بـطلب الإشهاد، كما أن المشفوع يتملك بـالأخذ (الهندية في الباب الثالث).

﴿مادة ١٠٢٨﴾ - (يلزم في الشفعة ثلاثة طلبات وهي طلب المواثبـة وطلب التقريـر والإشهاد وطلب الخصومة والتملك).

على الشفيع في الشفعة ثلاثة طلبات.

أولها: طلبُ المواثبة.

ثانيها: طلب التقرير والإشهاد.

ثالثها: طلب الخصومة والتملك.

وصورة اجراء هذه الطلبات ستوضح في المواد الآتية (التنقيح).

وبما أن كلا من هذه الطلبات مؤقت بوقت معين في الشفعة فإذا فات ذلك الوقت تبطل الشفعة فطلب المواثبة يجري فوراً عند علم الشفيع بعقد البيع، والمشـتري، وجنس الثمن، ومقداره.

وطلب التقرير والإشهاد يكون في الحال، أي بلا تأخير، متى تمكن الشفيع من اجرائهما.

أما طلب الخصومة والتملك فلا بد من أن يباشر فيه في ظرف شهر، وإذا مرت المدة بلا طلب سقطت الشفعة. وسيأتي في المواد الآتية تفصيل ذلك.

﴿مادة ١٠٢٩﴾ - (ويلزم الشفيع أن يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال كقوله أنا شفيع المبيع أو اطلبه بالشفعة ويقال لهذا طلب المواثبة).

على الشفيع في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع وعلم بالمشتري والثمن أن يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة لو لم يكن أحد عنده فوراً أي في ذلك الحين بدون أن يمر زمن بالسكوت كقوله أنا شفيع المبيع أو اطلبه بالشفعة أو انني اطلبه بالشفعة أو انني طالبه بالشفعة أو طلبته بالشفعة (الهندية في الباب الثالث).

إيضاح القيود.

١ - عقد البيع: هذا التعبير ليس احترازياً، فالحكم على هذا المنوال أيضاً في سائر المعاوضات المالية

التي هي في حكم البيع كالإقالة، والسلم، وبعض أنواع الصلح، أنظر شرح المادة (١٠٢١) كذلك الرد بخيار العيب بعد القبض بلا حكم الحاكم، كالبيع أيضاً كما هو مذكور في شرح المادة الآنفة.

٢ ـ سمع فيه: يعني يشترط للزوم الشفيع طلب المواثبة سماعه عقد البيع، أي أن يكون عالماً وأسباب العلم في هذا سبعة، ستة منها اتفاقية وواحد خلافي.

أولها: سماع الشفيع بالذات، أي أن يكون حاضراً في مجلس البيع.

ثانيها: يحصل العلم بالاتفاق باخبار من كان حائزاً أحد شطري الشهادة.

شطر الشهادة: أحدهما، العدد، يعني رجلين أو رجلاً وامرأتين. ثانيهما العدالة، وعليه إذا كان المخبر رجلين أو رجلاً وامرأتين يحصل العلم بخبرهما وإن لم يكونا عدلين كما أنه لو أخبر شخص واحد عدل يحصل العلم أيضاً بإخباره ويلزم في الحال طلب المواثبة ولا يعفى الشفيع من طلب المواثبة فوراً بقوله إنني لم أصدق كلام هؤلاء.

ثالثها: يحصل العلم بالمبيع بالإجماع لو أخبر رجل غير عادل وصدقه الشفيع.

رابعها: يحصل العلم اجماعاً إذا كان المخبر هو المشتري سواء أكان المشتري عادلاً أم غير عادل لأن المشتري خصم الشفيع ولا تطلب في الخصم العدالة.

خامساً: يحصل العلم أيضاً بخبر الرسول، يعني لو جاء شخص من طرف المشتري للشفيع لاخباره بالشراء وأخبره به ثبت العلم (أبو السعود، والعيني، والهندية في الباب الثالث).

سادسها: الكتاب مثلاً لو أخبر المشتري الشفيع بشرائه بكتاب حصل العلم.

سابعها: يثبت العلم عند الإمامين باخبار شخص واحد غير عدل.

يعني لو أخبر شخص واحد سواء أكان عدلاً أم فاسقاً، حراماً أم عبداً، مأذوناً بالغاً أم صبياً، رجلاً أم امرأة، يحصل العلم.

وعليه فإذا لم يطلب الشفعة لعدم تصديقه المخبر ثم فهم مؤخراً أن المخبر صادق بطلت شفعته عند الإمامين وعند الإمام الأعظم ليست بباطلة في الصورة السابعة (الهندية في الباب الثالث، والجوهرة).

٣ ـ ولو لم يكن عند أحد: يلزم الشفيع أن يقوم بطلب المواثبة في المجلس الذي يسمع فيه عقد البيع. ولو لم يكن عنده أحد. حتى لا يسقط حقه ديانة. وإذا أراد أن يحلف اليمين، بمقتضى المادة (١٧٤٦)، يمكنه أن يحلف على أنه طلب الشفعة في الوقت الذي سمع فيه البيع (أبو السعود).

ولا بد من طلبه باللسان ولا يكفي الطلب القلبي إلا في قول حسن بن زياد إذا لم يكن عنده أحد (الطحطاوي).

٤ ـ العلم بالمشتري والثمن: توضيح هذا مذكور في المادة (١٠٢٤) فينبغي مراجعتها لمعرفته (التنقيح).

٥ ـ أنا شفيع المبيع الخ: يستفاد من هذا التعبير أنه يجب طلب الشفعة في كل المبيع. حتى أنه إذا تعدد الشفعاء يلزم كلاً منهم أن يطلب المواثبة في كل الشفعة. والحكم في طلب التقرير

والإشهاد على هذا المنوال أيضاً ـ وإلا لو كان الشفعاء للمبيع اثنين فطلب أحدهما المواثبة أو طلب التقرير والإشهاد في نصف المبيع لكون حصة كل واحد من الشفيعين النصف فقط بطلت شفعته في الكل سواء اكان كلاهما حاضرين أو كان أحدهما حاضراً والثاني غائباً.

مثلاً لو باع أحد الشركاء حصته في الدار المشتركة بين ثلاثة اشخاص من أجنبي فسمع شريكا البيع في مجلس واحد فطلب كل منهما الشفعة في نصف المبيع كانت شفعة كل منهما باطلة لأن الشفعة لا تقبل التجزئة كما هو مذكور في المادة (١٠٤١) (التنقيح، والهندية في الباب الثالث).

٦ ـ فوراً: قد وقع الاختلاف بين العلماء في طلب المواثبة فبعضهم قال بلزوم كونها فوراً يعني يلزم طلب المواثبة بدون تأخير وسكوت لحظة واحدة في الحين الذي يسمع فيه الشفيع عقد البيع ولو سمعه وكان في مكان بعيد. لأن الشفعة لما كانت حقلاً ضعيفاً فتسقط بالأحوال التي تدل على الأعراض كالسكوت (الهداية بإيضاح).

حتى إنه لو أخبر الشفيع بالبيع بكتاب وكان الخبر في أول الكتاب أو في وسطه وطلب الشفيع الشفعة بعد انتهائه من قراءة الكتاب فلا يصح الطلب (فتح المعين على الكنز).

ولو قال بعد ما بلغه خبر البيع من اشتراه وبكم بيعت ثم طلبها فهو على شفعته (الجوهرة).

وهذا القول هو الرواية الأصلية، كما أنه قول عامة مشايخ بخارى وبعض مشايخ الخ.

ولذلك قيل في مجمع الأنهر أنه عليه الفتوى. كما أن مفتي الثقلين قد أفتى به وأجاب على سؤال بأن دعوى الشفعة قبل البيع غير ممكنة، وعلى الشفيع عند استماعه بالبيع أن يجريها بلا تأخير لأنه قد ورد في الهندية أنه (إذا علم الشفيع بالبيع ينبغي أن يطلب الشفعة على الفور ساعتئذ، وإذا سكت ولم يطلب بطلت شفعته، وهذه رواية الأصل عن اصحابنا) (الهندية في الباب الثالث).

ويفهم من قول المجلة (في الحال) أنها اختارت هذا القول.

وعليه فلا يمتد طلب المواثبة إلى نهاية المجلس كامتداد خيار القبول إلى نهاية مجلس البيع كما هو مذكور في المادة (١٨٢)، وعند بعض العلماء إن طلب المواثبة ليس فورياً كالمخير في خيار القبول المذكور في المادة (١٨٢) لأن الشفيع محتاج الى التروي والتأمل، وقد ذهب الكرخي وبعض مشايخ بلخ إلى هذا القول كما اختاره أيضاً صاحب الملتقى على رواية صاحبي الدرّ المنتقي ومجمع الأنهر، وقبل صاحب الدر المختار ذلك أيضاً إذ قال: يبطلها ترك طلب المواثبة وتركه بأن لا يطلب في مجلس أخبر فيه بالبيع: ابن كمال، وتقدم ترجيحه انتهى.

وعلى هذا القول فللشفيع أن يطلب الشفعة إلى نهاية مجلس استماعه ما لم يصدر منه في المجلس قول أو فعل يدل على الأعراض، مهما طالت المدة من أول المجلس إلى آخره فيصح ويجوز طلبه الشفعة.

وجاء في المادة (١٠٣٢) من المجلة (مثلاً لو وجد في حال يدل على الأعراض عند استماعه عقد البيع ولم يطلب الشفعة في ذلك المجلس بأن اشتغل بأمر آخر أو اشتغل بالبحث عن صدد آخر أو قام من المجلس دون أن يطلب الشفعة يسقط حق شفعته).

فيستدل من هذه المادة أنها ترجح هذا القول الثاني بحسب الظاهر.

وليس من المناسب أن يقبل قول في إحدى المادتين اللتين تبحثان في مسألة واحدة وأن يقبل في الأخرى قول آخر، بل يجب أن تطبق هاتان المادتان وتؤول إما على القول الأول وإما على القول الثاني.

وبما أن القول الأول، هو رواية الأصل ومرجح، كما بين آنفاً، وقد أفتى به شيخ الإسلام أبو السعود فيجب أن تبقى هذه المادة على ظاهر ها ويجب تأويل المادة (١٠٣٢) وحملها على القول الأول وبذلك تكون الرواية مطابقة لرواية الاصل، وموافقة للفتوى، وستؤول المادة (١٠٣٢) اثناء شرحها على هذا الوجه، ولما كانت المادة (١٠٣٢) متممة لهذه المادة فقد كان من المناسب ورودها هنا.

إن لزوم طلب المواثبة مشروط بسماع عقد البيع، وعليه فمتى سمع العقد يثبت له حق الشفعة سواء اسمعه عند وقوعه أم بعد مرور عدة سنوات (الدرر، عبد الحليم، رد المحتار).

لكن في البيع الفاسد لا يلزم اجراء طلب المواثبة عند سماع عقد البيع، بل يلزم اجراؤه وقت انقطاع حق الفسخ، وذلك كما هو مبين في شرح المادة (١٠٢٦) ويجب طلب الشفعة في بيع الفضولي الذي فيه خيار الشرط للبائع وقت البيع عند الإمام أبي يوسف، وعند الإمام محمد يجب طلب الشفعة وقت الإجازة.

ويلزم طلب الشفعة في الهبة بشرط العوض وقت القبض وعلى رواية وقت العقد (الهداية في الباب الثالث).

٧ ـ طلب الشفعة كقوله أنا: إن الفاظ الطلب لا تنحصر في الألفاظ المذكورة، فكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة يصح طلب الشفعة به.

لأن العبرة للمعاني، بمقتضى المادة (٣)، والصحيح أنه لو طلب الشفعة بأي لفظ يفهم منه طلب الشفعة جاز (الهندية) كطلبت الشفعة، لأن هذه الألفاظ في العرف يراد بها الطلب في الحال لا الاخبار عن ماض أو مستقبل، وقيل يقول اطلب الشفعة وآخذها ولا يقول طلبتها وأخذتها فإن قال ذلك بطلت شفعته، لأن ذلك كذب محض والجواب ما قلنا (الطحطاوي).

وصيغة هذا الطلب تكون بالماضي والمستقبل على الصحيح، وبقوله الشفعة كذا في الخانية.

ويقال لهذا طلب المواثبة. والمواثبة مأخوذة من الوثوب على وزن مفاعلة، وفي هذا استعارة لأن السير مع الوثوب يكون اسرع في قطع المسافة، سمي به ليدل على غاية التعجيل (مجمع الأنهر).

وتسمية ذلك بطلب المواثبة للتبرك بلفظ الحديث الشريف القائل «الشفعة لمن واثبها». أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة (أبو السعود).

قال الطحطاوي: تبركا بلفظه ﷺ «الشفعة لمن واثبها».

لا يشترط في طلب المواثبة الإشهاد. يعني لا يشترط في صحة طلب المواثبة الاشهاد، أي حضور شهود وعليه فلو صدق المشتري على اجراء الشفيع طلب المواثبة كان الطلب المذكور مقبولاً ومعتبراً (التنقيح، مجمع الأنهر).

يعني إن عدم الإشهاد على طلب المواثبة، ولو أمكن الإشهاد، لا يستلزم بطلان الطلب المذكور إلا

أن ترك الطلب المذكور بلا عذر يوجب سقوط الشفعة، والعذر هو كأن يكم أحد فم الشفيع أو أن يكون الشفيع في الصلاة.

لكن لو أنكر المشتري إجراء الطلب المذكور فيجب الإشهاد لإثباته (الدرر).

يعني لو ادعى المشتري أثناء المحاكمة لأجل الشفعة أن الشفيع لم يطلب المواثبة وإن شفعته قد سقطت بناء على ذلك، وأظهر الشفيع أنه أجرى طلب المواثبة عند علمه بالبيع، كان القول للمشتري وبما أن الشفيع مجبر على طلب المواثبة فيجب على الشفيع توثيقاً لحقه الإشهاد على طلب المواثبة.

وفي هذه الصورة إذا كان الشفيع في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع وجده ولم يكن لديه شهود يستشهدهم. وإذا فهم أن الشفيع محتاج إلى إقامة البينة فعليه، أن يفتش على الشهود ويقول لهم إنني علمت الآن بالمبيع وإني أطلب المبيع بالشفعة، فإن فعل ذلك جاز، أنظر شرح المادة (٣٠). ويحلف على ذلك ويستثنى في يمينه (الهندية في الباب الثالث).

وإن كان وقت طلب المواثبة أحد العاقدين أو كان عند الدار وتمكن من الإشهاد ولم يشهد عند طلب المواثبة بطلت لاعراضه وإلا فلا يشترط الإشهاد إلا لإسقاط اليمين (الطحطاوي).

قيام طلب المواثبة مقام طلب التقرير والإشهاد:

إذا أشهد على طلب المواثبة، وكان الإشهاد المذكور في محضر المبيع أو البائع أو المشتري، فلا يبقى لزوم لطلب التقرير والإشهاد كما في المادة الآتية.

ويكون الطلب الواحد قائماً مقام الطلبين، وذلك سيبين في شرح المادة المذكورة.

أما مجرد الإشهاد على طلب المواثبة بدون أن يكون في حضور البائع أو المشتري أو العقار المبيع فلا يقوم مقام طلب التقرير والإشهاد، وستوضح المسألة أكثر في شرح المادة (١٠٣٢) (الدرر، أبو السعود).

﴿مادة ١٠٣٠﴾ - (يجب على الشفيع بعد طلب المواثبة أن يطلب التقرير وأن يشهد بأن يقول في حضور رجلين عند العقار المبيع أن فلاناً قد اشترى هذا العقار أو عند المشتري أنت قد اشتريت العقار الفلاني أو عند البائع إن كان العقار موجوداً في يده أنت قد بعت عقارك وأنا شفيعه بهذه الجهة وكنت طلبت الشفعة والآن أطلبها أيضاً اشهدا. وإن كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والإشهاد بهذا الوجه يوكل آخر فإن لم يجد وكيلاً أرسل كتاباً).

إذا لم يشهد الشفيع أثناء طلب المواثبة فيجب عليه أن يطلب التقرير والإشهاد وقت تمكنه وقدرته بلا تأخير حتى تستقر الشفعة (فتح المعين على الكنز).

مدة هذا الطلب لم تكن على فور المجلس في الأكثر بل هي مقدرة بمدة لتمكن من الإشهاد حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته (مجمع الأنهر بتغيير).

وطلب الشفعة طلبان، طلب مواثبة وطلب استحقاق، فطلب المواثبة عند سماعه بالبيع يشهد على طلبها ثم لا يمكث حتى يذهب إلى المشتري أو إلى البائع أو إلى الدار المبيعة (الجوهرة باختصار).

إن مدة طلب الإشهاد مقيدة بالتمكن منه، كما أشير إليه شرحاً وصرح به أيضاً في المادة (١٠٣٣) وعليه فإذا كان مقتدراً على طلب التقرير والإشهاد عند وجود واحد من ثلاثة أشياء، وهي مذكورة في الفقرة الآتية، ولم يطلب وهو مقتدر، أي تأخر، كانت الشفعة باطلة نفياً للضرر عن المشتري بالتمكن من الإشهاد لأنه لو علم الشفيع بالشفعة ليلاً فلا يكون مقتدراً على الخروج للإشهاد ولذلك فلو طلب التقرير والإشهاد صباحاً بلا تأخير كان طلبه صحيحاً (الهندية في الباب الثالث) أنظر المادة (٢١).

وبما أن المادة (١٠٣٢) متممة لهذه المادة فكان مناسباً جعلها في مادة واحدة.

قيل شرحاً «إذا لم يشهد الشفيع أثناء طلب المواثبة» لأن لزوم طلب التقرير والإشهاد، المبين في هذه المادة، هو في حالة عدم حصول الإشهاد أثناء طلب المواثبة عند ثلاثة أشياء، وهي المبيع أو المشترى أو العقار، فإذا وجد الشفيع عند أحد تلك الأشياء الثلاثة، فسمع بالبيع وطلب الشفعة بالمواثبة وأشهد عليه في الحال كان هذا الطلب والإشهاد قائمين مقام طلبين، ولا حاجة بعدهما إلى طلب تقرير وإشهاد، كما ذكر في شرح المادة الآنفة.

مثلاً لو أجرى الشفيع طلب التقرير والإشهاد فوراً في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع وكان المشتري أو البائع الذي لا يزال المبيع في يده حاضراً فهذا الطلب يقوم مقام طلب المواثبة وطلب التقرير والإشهاد معاً (فتح المعين، الهداية).

إنما يحتاج إلى طلب المواثبة ثم إلى طلب الإشهاد بعده إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار، أما إذا سمع في حضرة هؤلاء الثلاثة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين (الهندية في الباب الثالث).

وعليه فيجب أن يقول الشفيع في حضور الرجلين اللذين يريد اشهادهما أو الرجل والإمرأتين عند المبيع بالإشارة إليه: اشترى هذا **العقار** فلان وبما إنني شريك في نفس المبيع مثلاً فأنا شفيعه وقد أجريت طلب المواثبة في المجلس الذي سمعت فيه عقد البيع فوراً والآن اطلبها أيضاً فكونا شاهدين أو يقول خطاباً للمشتري، سواء أكان المشتري قابضاً المشفوع أم كان غير قابض، في حضور نصاب الشهادة من الشهود: **إنك اشتريت العقار المحدود بالحدود الفلانية وبما اني خليط في حق المبيع مثلاً فأنا شفيعه وقد طلبت المواثبة وإنني أطلبها الآن أيضاً، وأنتم ايها الشاهدان اشهدا، أو يقول والمبيع لا يزال في يد البائع، يعني قبل أن يسلم للمشتري، خطاباً للبائع في حضور الشاهدين: إنك بعت عقارك**

الفلاني من فلان وبما إنني جار ملاصق فأنا شفيعه وقد طلبت طلب المواثبة وأنا الآن أيضاً ويقول بعد ذلك اشهدوا أيها الشهود على هذا (الهداية).

إيضاح القيود:

١ ـ في حضور شخصين: المفهوم من عبارات الفقهاء وظاهر هذه المادة لزوم إجراء طلب التقرير والإشهاد في حضور الشاهدين.

إلا أنه قد صرح في الخانية والبدائع بأن الإشهاد ليس شرطاً في صحة الطلب المذكور.

بل إنما يجب الإشهاد للتمكن من الإثبات بإقامة الشهود فيما إذا أنكر الخصم الذي هو المشتري وقوع طلب التقرير والإشهاد حتى إن الشفيع لو أجرى طلب التقرير بلا اشهاد وأقر به المشتري وصدقه أو نكل المشتري عن اليمين المكلف بها فيثبت ويتحقق طلب التقرير (أبو السعود والتنقيح بعلاوة).

٢ ـ عند المبيع: يكون طلب التقرير والإشهاد في أحد ثلاثة مواضع:

أولها، عند المبيع لأن حق الشفعة يتعلق بالمبيع.

ثانيها، عند المشتري، لأن المبيع، أي المشفوع، ملك للمشتري.

ثالثها، عند البائع، إذا كان المبيع لا يزال في يد البائع ولم يسلم للمشتري بعد.

لأنه وإن زال ملك البائع عن المبيع، فبما أن يده لا تزال باقية فالتقرير والإشهاد عنده باعتبار بقاء يده على البيع صحيحان. أما إذا سلم المبيع للمشتري، فيما أنه لم تبق يد البائع عليه فقد قال أكثر الفقهاء بعدم صحة طلب التقرير والإشهاد عنده وإن قال بعضهم بصحة طلب التقرير والإشهاد عند البائع في هذه الصورة أيضاً استحساناً.

ويفهم من عبارة المجلة (وإذا كان المبيع في يد البائع . . . الخ) إنها اختارت القول الأول كما أن اصحاب المتون قد اختاروا هذا القول أيضاً. وقد قدم في هذه المسألة القياس على الاستحسان (فتح المعين، والجوهرة). وذكر شيخ الإسلام أنه يصح الإشهاد عليه وإن لم يكن العقار في يده استحساناً (الطحطاوي).

ويفهم من الإيضاحات السالفة أن الشفيع مخير في إجراء طلب التقرير والإشهاد عند أي الثلاثة الأشياء المذكورة شاء.

ومع ذلك وإن كان بعض الفقهاء قد قيدوا صحة طلب التقرير، والإشهاد عند العقار فيما إذا كان الشفيع غير قادر على طلب التقرير والإشهاد عند البائع والمشتري إلا أنه يفهم من ذكره في المجلة بالتردد والتخيير أنها لم تقبل هذا القول (الدر المنتقى).

وعليه فإذا كان ثلاثتهم في بلدة واحدة وكان بعضهم قريباً من الشفيع وبعضهم الآخر بعيداً عنه ولم يشهد ولم يقرر الشفيع عند القريب منه وأشهد وقرر عند البعيد عنه جاز لأن البلدة الواحدة تعتبر مع نواحيها وأماكنها كالمكان الواحد.

أما لو كان بعضهم موجوداً في البلدة التي يوجد فيها الشفيع، والبعض الآخر في قرية تابعة لتلك البلدة أو في بلدة أخرى فلم يطلب ولم يشهد الشفيع عند من كان في بلده فذهب إلى القرية أو المدينة الأخرى بطلت شفعته.

كذلك لو كان ثلاثتهم في بلدة، وبعضهم قريب وبعضهم بعيد، ولم يقرر ولم يشهد عندما وصل إلى القريب ومر عنه وقرر وأشهد عندما مر عن البعيد كانت شفعته باطلة أيضاً (الهندية في الباب الثالث، مجمع الأنهر، الشرنبلالي).

قال في البزازية إلا أن يختار الأبعد ويترك الأقرب فحينئذ تبطل (الطحطاوي).

٣ ـ عقارك الفلاني: ليس تسمية المبيع وتحديده شرطاً في صحة الطلب على ظاهر الرواية، ولكن على رواية عن أبي يوسف هي شرط، لأن الطلب إنما يصح بعد العلم وبما أن العقار يعلم بالتحديد فقط فلا يكون الطلب والإشهاد صحيحين بدون التحديد (فتح المعين).

وإن كان الشفيع في مكان بعيد ولا يستطيع طلب التقرير والإشهاد على هذا الوجه، يعني عند العقار أو المشتري أو البائع، فله توكيل أحد، ويرسل الوكيل من ذلك المحل لإجراء طلب التقرير والإشهاد عند البائع أو المشتري أو العقار المشفوع لأن للإنسان بمقتضى المادة (١٤٥٩) أن يوكل آخر في الخصوصات التي يجوز له أن يعملها بالذات، وطلب التقرير أحد تلك الخصوصات أيضاً.

وإذا لم يجد وكيلاً يرسله فيرسل كتاباً، مع ساع أو بالبريد، الى المشتري وإلى البائع إذا كان المبيع في يده، أنظر المادة (٦٩) وإذا لم يمكن ارسال كتاب أيضاً فلا تسقط شفعته (الدرر والهندية في الباب الثالث).

ولا ريب في أن الشفيع إذا وجد في محل بعيد على هذا الوجه فيمكنه أن يذهب بنفسه من ذلك المحل ويجري طلب التقرير والإشهاد، والمدة التي يقضيها أثناء الطريق معفو عنها (البهجة).

﴿مادة ١٠٣١﴾ ـ (يلزم أن يطلب الشفيع ويدّعي في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والإشهاد ويقال لهذا طلب الخصومة والتملك).

يجب على الشفيع إذا لم يسلمه المشتري العقار المشفوع بعد طلب التقرير والإشهاد أن يطلب الشفعة ويدعي في حضور الحاكم، أي في محكمة البلدة التي يوجد فيها العقار المشفوع، وفي مواجهة الخصم.

لأن سبق الدعوى في الحكم لما كان شرطاً فلا يحكم الحاكم بدون الطلب والدعوى (مجمع الأنهر) ويقال لهذا طلب الخصومة والتملك.

إيضاح القيود:

١ ـ التسليم برضائه: لو سلم المشتري العقار المشفوع برضائه للشفيع بناء على شفعته فلا حاجة

لطلب الخصومة بعد، كما يستفاد ذلك من المادة (١٠٣٦) وليس للمشتري بعد ذلك استرداد العقار بلا رضاء الشفيع.

٢ - في حضور الحاكم: حضور المحكم كحضور الحاكم أيضاً، فتصبح دعوى الشفعة في حضوره أنظر المادة (١٨٤١).

٣ - في محكمة البلد الذي يوجد فيه العقار المشفوع:

أما لو ظهر المشتري في بلد غير البلد الموجود فيه العقار المشفوع فليس للشفيع أن يدّعي الشفعة هناك، وإنما يلزم الادعاء في محكمة البلد الذي يوجد فيه العقار المشفوع (الهندية في الباب الثالث).

قد اختلف الفقهاء في جواز رؤية دعوى عقار من قاضي بلد في بلد آخر، فقال بعضهم بجواز ذلك وقال بعضهم الآخر بعدم الجواز وقد اختارت المجلة في المادة (١٨٠٧) القول الأول، ويجب أن تبنى مسألة الهندية المذكورة على القول الثاني، لأن في بعض المسائل المذكورة في الباب الثالث عشر يمكن الإدعاء في غير البلد الموجود فيه العقار المشفوع.

ومع ذلك فترى الدعوى المتعلقة بعقار، بناء على الأصول المرعية الآن، في محكمة البلد القائم فيها العقار والمنسوب إليه.

٤ - في مواجهة الخصم: والخصم الأشخاص الآتي ذكرهم:

أولاً: البائع، فإذا كان العقار المشفوع لم يسلم للمشتري بعد فالخصم للشفيع هو البائع لكن حضور المشتري حين المحاكمة شرط. لأنه يوجد في المبيع يد البائع وملك المشتري، والشفيع بما أنه يتعرض لليد والملك معاً، فيلزم حضور الإثنين أيضاً.

وفي هذه الصورة إذا أتم الحاكم المحاكمة في حضور البائع وتحقق حق الشفعة للشفيع، فيحكم الحاكم بفسخ اشتراء المشتري في حضور البائع وتتحول في هذه الحال صفقة البيع إلى الشفيع، أي كأن الشفيع قد اشترى العقار من البائع. والعهدة تكون على البائع، أي الاحكام التي تترتب على البيع، لأن المبيع إذا كان في يد البائع. فيتعلق به حقه، لأن له حبسه حتى يستوفي الثمن (الجوهرة، مجمع الأنهر، الطحطاوي).

وعلى هذا التقدير فتعود العهدة، يعني ضمان الثمن، عند استحقاق الدار وتسليم العقار والصك القديم على البائع (الهندية في الباب الثالث، الدر المنتقى، منلا مسكين).

وعليه فلو أدى الثمن للبائع وحكم الحاكم على البائع في حضور المشتري بالشفعة ولم يقبض المشتري العقار فيأخذ الشفيع العقار من البائع ويؤدي الثمن إلى المشتري وتكون العهدة على المشتري وإذا كان المشتري لم يؤد الثمن للبائع بعد، فيعطي الشفيع الثمن للبائع وتكون العهدة على البائع (الهندية في الباب الخامس).

ويجعل العهدة، أي حقوق العقد كضمان الدرك وتسليم العقار والصك القديم على البائع (الطحطاوي).

ثانياً: المشتري، فلو سلم العقار المشفوع للمشتري كان المشتري هـو الخصم وحينئذ لا يلزم حضور البائع ولا تكون العهدة عليه لأن البائع يصير بعد ذلك أجنبياً (الهداية، والدرر).

والحاصل، أنه إذا أخذ الشفيع المشفوع من البائع ودفع له ثمنه كانت العهدة وضمان الثمن على البائع أنظر المادة (١٠٣٧).

كما أنه إذا أخذ الشفيع المشفوع من المشتري كانت العهدة وضمان المال على المشتري (الهندية في الباب الخامس).

ثالثاً: الوكيل بالشراء. إذا لم يسلم الوكيل بالشراء العقار الذي اشتراه لموكله كان الوكيل المذكور خصماً للشفيع، لأن الوكيل المذكور عاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد. وعليه فللشفيع أن يأخذ المشفوع بالشفعة من يد الوكيل المذكور في حضور المشتري، أي حضور الموكل، ويسلمه الثمن (مجمع الأنهر) وتعود العهدة عليه (الجوهرة).

رابعاً: موكل الوكيل بالشراء. فلو سلم الوكيل بالشراء العقار لموكله كان الموكل هو الخصم، ولا يكون الوكيل حينئذ خصماً (الهداية، والدرر).

لأنه إذا سلمها لم يبق له يد فيكون الخصم هو الموكل (الجوهرة).

خامساً: وصي اليتيم يكون خصماً.

فلو باع الوصي العقار الذي يجوز بيعه، فللشفيع الادعاء على هذا الوصي، أنظر شرح المادة (٣٦٥) لأن الوصي عاقد (فتح المعين) أي إذا لم يسلم الوصي العقار للمشتري بعد.

سادساً: يكون الوكيل بالبيع خصماً، يعني إذا لم يسلم الوكيل بالبيع المال للمشتري يكون خصماً للشفيع ولا يشترط حضور الموكل في هذا (الهداية). لكن قد ذكر أيضاً أن حضور المشتري شرط.

٥ ـ الطلب والدعوى: يلزم أن تكون صورة المحاكمة على الوجه الآتي:

بما أن الشفيع مدع، فعليه، بمقتضى المادة (١٨١٦):

أولاً أن يصور دعواه في حضور الحاكم على الوجه الآتي:

بما أن هذا الرجل قد اشترى العقار المحدود بالحدود الفلانية في الحي الفلاني من المدينة الفلانية أو القرية الفلانية من فلان بكذا درهماً وأعطاه الثمن الفلاني وقبض المبيع وتسلمه وبما انني شفيع لهذا العقار بداري المحدودة بالحدود الفلانية وقد طلبت طلب الشفعة والمواثبة وأشهدت عليه عند سماعي بالبيع بلا تأخير. فاطلب أن تأمروا وتنبهوا على البائع أن يأخذ من يدي ما دفعه من الثمن وأن يسلمني ذلك العقار المشفوع (مجمع الأنهر، ودرر الصكوك).

وعليه فبما أن المدعي يدعي بالعقار المشفوع فيجب أن يكون المدعى به معلوماً بمقتضى المادة (١٦١٩) فيشترط بيان حدود العقار المشفوع به على الوجه المذكور في الفتوى كما اقتضى تحديد المشفوع وبيانه وإن لم يشرطه الخصاف (فتح المعين).

وعليه فإذا ادعى الشفيع الشفعة، فكما أنه يسأله الحاكم، كما هو مذكور آنفاً، عن محله وحدوده، فيستوضح منه أيضاً عن الخصوصات الآتية:

أولاً: يسأله عما إذا قبض المشتري ذلك العقار أم لا. وقد بين ذلك في صورة الدعوى أيضاً لأن المشتري إذا لم يقبضه فلا تصح الدعوى ما لم يكن البائع حاضراً (الزيلعي).

ثانياً: يسأله أي الأسباب الثلاثة كان سبب الشفعة، لأنه قد يكون محجوباً بغيره، أو قد يكون ادعى الشفعة بسبب غير صالح، ككونه جاراً مقابلاً، فإنه سبب عند شريح إذا كان أقرب باباً، فلا بد من البيان (فتح المعين، والطحطاوي).

فيه أنه تصح الدعوى من المحجوب أيضاً إن لم يدع المقدم.

ثالثاً، الاستفسار عن حدود المشفوع به والاستيضاح عن وقت سماع عقد البيع أو متى أخبر به.

لأنه يلزم أن يعلم الحاكم بالمدة التي بين وقت العلم وبين وقت المرافعة، أي يلزم أن يعلم، بمقتضى المادة (١٠٣٤)، بأنه قد مر شهراً أو لم يمر (منلا مسكين، وفتح المعين).

رابعاً: يسأله ماذا عمل في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع وعند من من المشتري والبائع والعقار المبيع أجرى طلب التقرير والإشهاد، وهل أن أحد الأشياء الثلاثة الذي أجرى الإشهاد عنده كان أقرب إليه من الشيئين الآخرين، أو لم يكن أقرب، لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل عليه، فلا بد من كشف ذلك (الهندية في الباب الثالث والطحطاوي).

وعليه فإذا أجاب الشفيع على تلك الأسئلة كلها، وفهم بناء على جوابه إن له الشفعة بحق، فيرجع الحاكم ويسأل المشتري عن الخصوصات الآتية:

أولاً: يستوضح منه عما إذا كان الشفيع المدعي مالكاً للعقار المشفوع به أم لا. لأن ظاهر اليد وإن كان صالحاً لدفع دعوى الغير فليس صالحاً للاستحقاق، ولذلك لا يكتفي بظاهر اليد (فتح المعين).

يعني أنه لا يقتضي مجرد وضع يد الشفيع على العقار المشفوع به كون الشفيع مالكاً له. لأنه قد يحتمل أن تكون يد الشفيع يد إعارة أو يد إجارة ولا حجة مع الإحتمال، أنظر المادة (٧٣) (الهداية).

فإن قال المدعى عليه هذه الدار التي ذكرها في يده ولكنها ليست ملكه فإن أبا حنيفة ومحمداً قالا لا يقضي له بالشفعة حتى يقيم البينة على أنها ملكه (الجوهرة).

يتحقق ملك الشفيع للعقار المشفوع به على ثلاثة أوجه.

١ - يتحقق بإقرار المشتري، أنظر المادتين (٧٨، ٧٩).

٢ - يتحقق بإقامة الشهود. للشفيع في حال إنكار المشتري أن يقيم الشهود على امتلاكه المشفوع به، وصورة الشهادة تكون على الوجه الآتي:

إن هذا العقار المجاور للعقار المبيع ملك لذلك الشفيع قبل أن يشتري المشتري العقار المشفوع ولا يزال ملكه حتى الساعة أيضاً ولم يعلم أن الشفيع أخرجه من ملكه. كذلك يكفي أن شهد الشهود أن هذا الشفيع اشترى العقار المشفوع به من فلان أو وهبه إليه وسلمه له وهو في يده الآن.

٣ - يتحقق بتحليف المشتري، إذا لم يثبت الشفيع أن العقار المشفوع به ملكه يحلف المشتري اليمين بطلب الشفيع، وتكون اليمين على الصورة الآتية:

يحلف اليمين على أنه لم يعلم بأن هذا الرجل أي الشفيع، مالك للعقار الذي اتخذه مشفوعاً به (مجمع الأنهر).

التحليف على عدم العلم، وعدم التحليف على البتات، مبني على كون الإستحلاف واقعاً على فعل الغير أنظر المادة (١٧٤٨) لكن قيده في شرح المجمع بما إذا قال المشتري ما أعلم ولو قال أعلم أنه غير مملوك للشفيع يحلف على البتات هذا إذا كان الشفيع ينكر ملكه فيما يشفع به وإن كان ينكر جواره للدار المشتراة حلفه على ذلك (فتح المعين).

ثانياً: يسأل المشتري عما إذا اشترى المشفوع أو لم يشتره، ويسأل البائع في الصورة التي يكون البائع خصماً عما إذا باعه أو لم يبعه، فإذا أقر تحقيق الشراء أو البيع كما أنه إذا أنكر تطلب البينة من الشفيع على الشراء أو البيع، فإذا أقامها ثبت الشراء أو البيع. وعلى هذا التقدير فلو أقام الشفيع البينة على أن المشتري، الذي هو واضع اليد، قد اشتراه من فلان، وأقام واضع اليد البينة أيضاً على أن ذلك الشخص قد أودعه اياه، فيحكم الحاكم بالشفعة للشفيع مرجحاً بينته لأن صاحب اليد انتصب خصماً بدعوى الفعل وهو شراؤه (الهندية في الباب الخامس).

وإذا لم يثبت الشفيع الشراء أو البيع بالبينة يحلف المشتري اليمين بالطلب، وعند الطرفين يحلف على الحاصل، يعني أن ثبوت الشفعة إن كان متفقاً عليه يحلف على الحاصل بالله ما استحق هذا الشفيع الشفعة عليّ.

يعني يحلف على أن الشفيع لا حق له في أخذ هذا العقار بالسبب المذكور لجواز أن يكون قد ابتاع وسلم الشفيع الشفعة (الجوهرة).

وعند الإمام أبي يوسف يحلف على السبب، يعني يحلف على أنه لم يشتر هذا العقار المشفوع ما لم يكن المدعى عليه على مذهب الإمام الشافعي القائل بعدم لزوم الشفعة بسبب الجوار، وكان سبب الشفعة هو الجوار فتلزم اليمين على السبب، لأنه إذا حلفت اليمين على الحاصل وحلف المدعى عليه اليمين يكون صادقاً على مذهبه (الدرر، عبد الحليم، فتح المعين، مجمع الأنهر).

قال في الجوهرة لئلا يتأول عليه أنه مما لا تستحق عليه الشفعة بالجوار.

ثالثاً: ويستوضح من المشتري هل أجرى الشفيع في الوقت الذي سمع فيه عقد البيع طلب المواثبة وطلب التقرير والإشهاد في الزمن الذي تمكن فيه من ذلك بلا تأخير أم لا، فإذا أقر تتحقق هذه الجهة وإذا أنكر فالقول للمشتري. وفي هذه الصورة يجب على الشفيع الإثبات، وعليه فلو أقام المشتري البينة على أن الشفيع سمع البيع منذ زمن ولم يطلب الشفعة وأقام الشفيع البينة على أنه طلب الشفعة فوراً عندما سمع البيع يحكم عند الإمام الأعظم ببينة الشفيع وعند أبي يوسف ببينة المشتري (الهندية في الباب الثالث).

وإذا لم يثبت الشفيع طلب الشفعة يحلف المشتري بالطلب، والمشتري إذا أنكر طلب الشفيع

الشفعة عند سماع البيع يحلف على العلم وإن أنكر طلبه عند لقائه يحلف على البتات (الهندية في المحل المذكور والدر المختار).

تجري المحاكمة في دائرة الإيضاحات السابقة، وإذا جاء الدور للحكم بالشفعة يحكم الحاكم بلا طلب بعد تحليف الشفيع على الوجه الوارد في المادة (١٧٤٦).

لا يشترط أن يحضر الشفيع الثمن وقت الدعوى فتسمع دعوى الشفيع ولو لم يكن في يده ثمن المشفوع، لأن لزوم الثمن الشفيع بعد الحكم (الطحطاوي).

لكن على رواية محمد إذا لم يحضر الشفيع الثمن فلا يحكم الحاكم بالشفعة لأنه يحتمل أن يكون الشفيع مفلساً ويهلك الثمن على المشتري (مجمع الانهر).

لكن يجب على الشفيع بعد الحكم احضار الدراهم. لأنه حينئذ قد تحقق سبب اللزوم، وللمشتري حبس العقار المشفوع وتوقيفه إلى أن يؤديه الثمن، لأن الشفيع والمشتري لما كانا بمنزلة البائع والمشتري، فيجري عليهما حكم المادة (٢٧٨) أيضاً. ولا تبطل بعد الحكم شفعة الشفيع بمجرد تأخيره تأدية الثمن لأن الشفعة قد تأكدت قضاء (مجمع الأنهر بايضاح).

وعلى الحاكم أن يجبره على وفاء الثمن للمشتري، وإن فهم بعد ذلك أنه عاجز عن ادائه للمشتري يبطل الحاكم الشفعة (الجوهرة).

وإن كان شراء المشتري بثمن مؤجل، كان الشفيع مخيراً إن شاء دفع الثمن سلفاً وأخذ المشفوع وفي هذه الصورة لو أخذ الشفيع المشفوع من البائع بدراهم دفعها سلفاً سقط ثمن المبيع عن المشتري لأن الشفيع في هذه الصورة قام مقام المشتري (الهداية).

أو لو أخذه من المشتري فللبائع أن يراجع المشتري عند حلول وقت إداء الثمن ويطلبه منه لأن الأجل يثبت له بالشرط فلا يبطل بأخذ الشفيع بثمن حال (الزيلعي، مجمع الأنهر).

وإن شاء طلب شفعته في الحال ويأخذه بعد مضي الأجل لأن له أن لا يلزم الضرر الزائد (مجمع الأنهر).

وليس له أن يقول له آخذه في الحال وأعطى الثمن عند حلول الأجل. لأن الأصل في الثمن أن يكون حالاً، وإنما يؤجل بالشرط، ولا شرط في حق الشفيع (مجمع الأنهر).

لكن تكون هذه التفصيلات في البيع إذا وقع على أجل معلوم. أما إذا كان الأجل مجهولاً في البيع فلا تجري الشفعة بمقتضى المادة (١٠٢٦) إذ يكون البيع فاسداً كالحصاد والدياس ونحوهما.

حتى إنه لو قال الشفيع أنا أعطي الثمن معجلاً وآخذ العقار المشفوع وأزيل الفساد على هذا الوجه فلا يلتفت لكلامه. إلا أنه اذا زال حق فسخ المشتري لوجه كانشائه فيه بناء أو غرسه اشجاراً فتثبت الشفعة بعد ذلك حينئذ (فتح المعين، عبد الحليم، الهندية في الباب الخامس).

﴿مادة ١٠٣٢﴾ - (إن أخر الشفيع طلب المواثبة بان كان في حال يدل على

الاعراض مثلاً كأن لم يطلب الشفعة لما سمع عقد البيع في ذلك المجلس أو كاشتغاله بشغل آخر أو بحث آخر أو قام من المجلس دون أن يطلب الشفعة يسقط حق شفعته)

لو أخر الشفيع طلب المواثبة بلا عذر ولو كان ذلك التأخير لعدم وقوفه على بطلان الشفعة بهذا التأخير ولو كان غير عالم بكونه شريكاً في العقار المبيع لأن الجهل ليس عذراً، مثلاً لو وجد في حال يدل على الإعراض عند استماعه: أولاً عقد البيع، ثانياً المشتري ثالثاً: جنس الثمن ومقداره، ولم يطلب الشفعة فوراً في ذلك المجلس، بأن سكت هنيهة بلا عذر، أي ساعة يسيرة، أو اشتغل بأمر آخر أو بحث عن صدد آخر أو قام من المجلس من دون أن يطلب الشفعة يسقط حق شفعته (فتح المعين).

لأن شرط التأكيد بطلب الشفعة طلب المواثبة عند استماع البيع فوراً وإذا لم يفعل الشفيع ذلك ولو عن جهل يكون ذلك منه دليلاً على الإعراض، والشفعة تبطل بالإعراض (الهندية في الباب الثالث، مجمع الأنهر).

وقد جاء في فتح المعين (أن يطلب كما سمع)، معنى الكاف يفيد المبادرة والقران والمفاجئة أي عند استماعه. وجاء في كليات أبي البقاء في فصل الكاف: والكاف الجارة قد تكون للمبادرة وتسمى كاف المفاجأة والقران إذا اتصلت بما، نحو سلم كما تدخل.

وقد قبلت المجلة في هذه المادة القول بكون طلب المفاجأة فوراً، بناء على التفصيلات الواردة في شرح المادة (١٠٣٠)، وهذا القول هو ظاهر الرواية أيضاً.

وليس من المناسب أن يقال إن المجلة قبلت في هذه المادة القول بامتداد طلب المواثبة إلى آخر المجلس. لأن هذا القول كما أنه خلاف ظاهر الرواية وخلاف المفتى به فهو مناف لقول المادة (١٠٣٠) (في الحال) ولعبارة (كما سمع) في هذه المادة (فتح المعين).

والحاصل ان المجلة قبلت القول بكون طلب المواثبة فوراً. يوجد في هذا دليلان ظاهرا الدلالة أولهما عبارة «في الحال» في المادة «١٠٣٠»، ثانيهما، جملة «كما سمع» في هذه المادة. وبعد إيضاح هذه المادة على هذا الوجه فمن المناسب القول (إذا لم يطلب الشفعة كما سمع يسقط حق شفعته)، وحذف ما بين ذلك من العبارات، لأنه إذا لم يطلب كما سمع البيع يسقط حق شفعته على ظاهر الرواية سواء أقعد ساكتاً في ذلك المجلس أو وجد في حال اعراض بأن انشغل بشيء آخر أو كان يبحث بصدد آخر أو لم يبحث أو قام من المجلس بدون أن يطلب الشفعة أو لم يقم. على أنه وإن وجد في الباب التاسع من الهندية عبارة (.. فترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام من المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين)، وهي مماثلة لهذه المادة، فقد صرح هناك أنه قد بينت الروايتان.

الجمع بين القولين: من الممكن أن يستدل من عبارة «كاشتغاله بشغل آخر أو بحث آخر» إن العبارتين اللتين تدلان على أن المواثبة فورية، لم يكونا قيداً احترازياً، بل هما قيد وقوعي وأكثري. (وهذا غير ممكن كما اعتقد) فلذلك يجب أن يقال: إما أن المجلة قبلت القول الثاني، وإما أنها قبلت القولين،

وان القاضي مخير إن شاء حكم بالقول الأول وإن شاء حكم بالقول الثاني. وقد مرَّ في المادة (٩٩٩) نظير هذا، إذ قبل فيها قولان مختلفان. أنظر شرح المادة المذكورة.

وإذا ترك الشفيع طلب المواثبة كما سمع البيع على ما صار إيضاحه في شرح المادة (١٠٢٤) تسقط الشفعة وإنما يكون ذلك فيما إذا علم بمشترى العقار المشفوع وجنس الثمن ومقداره. أما إذا لم يعلم بها في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع فلا يسقط حق الشفعة، وعليه أن يسأل من أخبره بالبيع عمن باعه منه وبكم باعه وما جنس البدل الذي باعه به، ولو طلب المواثبة على الفور كما علم بذلك بقيت شفعته وحفظت حتى إن الشفيع لو سلم شفعته بناء على سماعه اشتراء المشتري العقار بألف درهم فتثبت له الشفعة بتنزيل البائع بعد ذلك مائة درهم من الثمن (فتح المعين).

امثلة أخرى على سقوط الشفعة للتأخير بلا عذر:

١ ـ لو اطلع يهودي على البيع يوم السبت فعلق طلب المواثبة بالغد بطلت شفعته (فتاوى ابن نجيم، الهندية في الباب الثالث).

٢ ـ إذا كان لعقار ثلاثة شفعاء وكان لكل منهم سبب للشفعة مختلف عن سبب الآخر وطلب الشريك في نفس المبيع طلب المواثبة ولم يجر الباقيان طلب المواثبة كما سمعا عقد البيع بداعي انهما لا شفعة لهما بطلب المشارك في نفس المبيع ثم سلم المشارك المذكور الشفعة فبادرا إلى طلب المواثبة في الحال فلا تكون لهما شفعة، أنظر المادة (٥١) (عبد الحليم) وكذلك قد بين في شرح المادة (١٠٠٩).

اختلاف الشفيع والمشتري:

لو اتفق المشتري والشفيع على أن الشفيع علم بالبيع منذ أيام ولكنهما اختلفا فقال أجريت طلب المواثبة على الفور عندما سمعت بالبيع، وقال له المشتري لم تطلبها، فالقول للمشتري ويلزم الشفيع الإثبات.

أما لو قال الشفيع قد وقفت الآن على البيع واطلب الشفعة، وقال له المشتري قد وقفت عليه من قبل فلم تطلبها، فالقول للشفيع. (الهندية في الباب الثالث).

قيل شرحاً «بلا عذر» لأن تأخير الشفعة الواقع في الطلبات الثلاثة المشروطة في الشفعة لا يسقط الشفعة. كذلك لو سد أحد فم الشفيع كما سمع عقد البيع أو كان الشفيع في الصلاة ولم يطلب الشفعة فوراً وطلبها بعد زوال المانع المذكور على الفور فلا يسقط حق الشفعة (فتح المعين).

﴿مادة ١٠٣٣﴾ ـ (لو أخر الشفيع طلب التقرير والإشهاد مدة يمكن إجراؤه فيها ولو بإرسال كتاب يسقط حق شفعته).

لأن تركه طلب التقرير مع قدرته عليه يدل على الإعراض، ويسقط حق الشفعة بالإعراض (مجمع الأنهر) أنظر المادة (٦٨).

أراد إن يفتتح الصلاة مع الإمام بجماعة فلم يذهب لطلبها تبطل شفعته (الهندية قبيل الباب العاشر).

إلا أنه إذا سمع الشفيع البيع ليلاً ولم يكن قادراً على الخروج والإشهاد وأوفى صباحاً طلب التقرير والإشهاد كان صحيحاً (فتح المعين).

وقوله في هذه المادة (ولو بارسال كتاب) إعادة لمسألة (لم يجد وكيلاً فيرسل كتاباً) المحررة في المادة (١٠٣٠).

والحاصل، يلزم الشفيع اجراء طلب التقرير والإشهاد في المدة اللازمة لإجراء ذلك أما بنفسه وإما بالكتابة أو بالوكالة ولا يبقى له حق شفعة. ولا يسقط حق الشفيع إذا كان الشفيع في محل بعيد التأخر الواقع إلى أن يصل بنفسه أو وكيله أو كتابه (البهجة).

قد ذكر في المادة (١٠٣٠) إن هذه المادة هي لاكمال تلك.

﴿مادة ١٠٣٤﴾ - (لو أخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والإشهاد شهراً من دون عذر شرعي ككونه في ديار يسقط حق شفعته).

لو أخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والإشهاد شهراً من دون عذر شرعي ككونه أو كون المشتري في ديار أخرى أو كونه مريضاً أو محبوساً أو لعدم وجود قاضٍ أو وجود قاضٍ شافعي يرى أن ليس للجار شفعة أو كان الخصم من المتغلبة وانتظر زوال تغلبه، يسقط حق شفعته عند الإمام محمد لأن مدة طلب الخصومة لو تركت لإرادة الشفيع فلا يستطيع المشتري التصرف في العقار المشفوع هدماً وبناء بملاحظة أن الشفيع سيأخذه منه بالشفعة وإذا أقام الشفيع بعد أن تصرف المشتري في المبيع بطلب الشفعة فيكون قد أضر بالمشتري. وعليه فقد قدرت مدة طلب الخصومة بشهر لأن الشهر آجل وما دونه عاجل. وبما أن الناس يميلون إلى قصد الأضرار ببعضهم فقد اختارت المجلة هذا القول وهو القول المفتى به (التنقيح، فتح المعين، الدرر، عبد الحليم).

أما عند الإمام الأعظم فمتى استقرت الشفعة بالإشهاد فلا تسقط بتأخير طلب الخصومة (الملتقى) ومع ذلك فلو طلب الشفيع الخصومة في ظرف شهر ومضى شهر في المحاكمة دون أن يفصل في الدعوى فلا تسقط الشفعة (الفتاوى الجديدة).

المسائل التي تتفرع من سقوط الشفعة بتأخيرها أكثر من شهر:

إذا باع البائع المشفوع بثمن مؤجل فإما أن يأخذه الشفيع بثمن معجل من المشتري أو أن يجري طلب الخصومة والتملك في الحال ويأخذه بعد حلول الأجل. أنظر شرح المادة (١٠٣١).

ولذلك فلو كان البيع مؤجلاً لأكثر من شهر فأجل الشفيع طلب الخصومة أكثر من شهر حتى يحل الأجل سقطت شفعته. ولا يتعجل ما على المشتري لو أخذ بحالّ لأن الأجل حق المشتري فلا يبطل بتعجيل الشفيع (الطحطاوي والدرر).

قيل في المجلة «بدون عذر شرعي» لأن التأخير الذي يقع بعذر شرعي لا يسقط حق الشفعة. فلو كان الشفيع في ديار سفر بعيد وراعى شرائط الشفعة لدى استماعه عقد البيع فأخر طلب الخصومة والتملك أكثر من سنة بسبب كونه في تلك الديار فلا تسقط شفعته وله الرجوع إلى بلده وطلب الخصومة (الفتاوي الجديدة).

كذلك لو فر المشتري لديار أخرى بعيدة وغاب واختفى ولم يتمكن الشفيع من إجراء طلب الخصومة ثلاث سنوات فلا تسقط شفعته مثلاً لو كان أحد يملك عقاراً بالاشتراك مع آخر وباع حصته من آخر بثمن معلوم وسلمه اياها وكان شريكه غائباً في ديار أخرى وعندما سمع شريكه بذلك أجرى طلب المواثبة وقفل إلى دياره بلا مكث ففر ذلك الشخص لديار سفر بعيد واختفى وقام بطلب التقرير والإشهاد عند العقار أيضاً ولم يدع على ذلك الشخص مدة ثلاث سنوات لعدم حضوره فإذا جاء بعد ذلك فله الإدعاء والأخذ بالشفعة (البهجة).

﴿مادة ١٠٣٥﴾ - (يطلب حق شفعة المحجورين وليهم وإن لم يطلب الولي حق شفعة الصغير فلا تبقى له صلاحية طلب حق الشفعة بعد البلوغ)

يستحق المحجورون والحمل الشفعة أيضاً لأنّ الشفعة لما كانت ثابتة لإزالة الضرر فإزالة الضرر عن الصغير واجبة (الجوهرة).

وفي هذا الحال يطلب حق شفعة المحجورين أولياؤهم وأوصياؤهم يعني إذا ثبتت الشفعة للقاصرين والمحجورين، كالصغير والمعتوه والمجنون، فلمن يقوم مقامهم في استيفاء الحقوق طلبها، أي لأوليائهم وأوصيائهم طلب شفعتهم، وإن شاؤوا تركوها. لأن الأخذ بالشفعة دائر بين الكسب والنفع وبين الضرر فوليه أو وصيه قادر على تركه وتسليم الشفعة ولو بيع المشفوع ببدل أقل من ثمنه وذلك كما ذهب إليه الشيخان (فتح المعين).

خلافاً لمحمد فيما بيع بقيمته أو أقل الملتقى .

ويطلب شفعة الصغير أحد الأشخاص المذكورين في المادة (٩٧٤). فيطلبها أولاً أبو الصغير، ثانياً وصي الأب، ثالثاً وصي هذا الوصي، رابعاً الجد الصحيح، خامساً وصي هذا الجد، سادساً وصي هذا الوصي، سابعاً الوصي الذي نصبه الحاكم.

على أن الحاكم وإن ذكر في الأولياء المذكورين في المادة (٩٧٤) فلم يذكر هنا بين الأولياء لأنه على ما صار إيضاحه في المادة (١٨٠٨) لا يكون الرجل مدعياً وحاكماً معاً. وفي هذه الصورة إذا لم يكن للصغير ولي من الأولياء المذكورين فيعين الحاكم للصغير وصياً. فلو طلب هذا الوصي بعد ذلك الشفعة جاز (الدر المختار).

وعليه فلو بيع عقار بثمن المثل وكان الصبي له شفيعاً فللوصي طلبه بالشفعة وأخذه إذا رأى فيه منفعة للصبي (التنقيح).

لكن إذا بيع عقار بغبن فاحش على ما أشير إليه في الشرح وكان شفعاؤه محجوراً عليه فليس لأوليائهم ولا لأوصيائهم طلبه وأخذه بالشفعة (الدر المنتقى).

وإذا لم يوجد للصغير أحد الأشخاص المحررين في المادة (٩٧٤) فتبقى شفعته لبلوغه. يعني إذا راعى طلب المواثبة وسائر الشرائط بتمامها وقت بلوغه فله طلب الشفعة (البهجة، الفتاوى الجديدة، والجوهرة). صغيرة أدركت وثبت لها خيار البلوغ والشفعة، إن قالت طلبت الشفعة واخترت نفسي أو قالت اخترت نفسي وطلبت الشفعة صح الأول وبطل الثاني ولو قالت طلبت الحقين الشفعة والخيار صح كلاهما (الأنقروي).

حتى إن الأب لو باع عقاره من آخر وكان شفيعه ولده الصغير فلو راعى الصبي عندما بلغ شرائط الشفعة فله أخذ ذلك العقار بالشفعة لأن الأب لما كان هو البائع فليس له أن يطلب الشفعة لولده (الخانية) أنظر شرح المادة (١٠٢٤) (الهندية).

يستحق الحمل الشفعة أيضاً فلو ولد الحمل حياً لأقل من ستة أشهر اعتباراً من وقوع عقد الشراء استحق الشفعة أما لو ولد لستة أشهر تماماً أو أكثر من ستة أشهر فلا شفعة له لأنه لم يثبت وجوده وقت البيع لا حقيقة ولا حكماً لكن لو توفي أبوه قبل البيع وورثه الحمل استحق الشفعة أيضاً، ولو ولد في مدة أكثر من ستة أشهر (الدر المنتقى قبيل كتاب القسمة، وجامع أحكام الصغار) لأن وجوده وقت البيع ثابت حكماً لما ورث من أبيه (الهندية في الباب الثاني عشر).

ولو وجد للصغير ولي أو وصي يطلب له حق الشفعة، ولم يطلبها له، تسقط شفعته عند الشيخين، وعليه فلا يبقى له حق طلب الشفعة بعد البلوغ، أنظر المادة (٥١).
أما عند الإمام محمد فلا تبطل شفعة الصغير بعدم طلب الولي الشفعة له.
ويجري الاختلاف المذكور في تسليم شفعة الصغير.

فلو سلم ولي الصغير أو وصيه شفعة الصغير كان التسليم صحيحاً عند الشيخين حتى لا يبقى له بعد البلوغ حق في طلب الشفعة. سواء أكان التسليم في مجلس الحاكم أم في غير مجلس الحاكم، وسواء أبيع العقار المشفوع بثمن المثل أم بأكثر من ثمن المثل، وسلمت شفعة الصغير على الوجه المذكور صراحة أو دلالة، كان صحيحاً، لأن هذا التسليم هو امتناع عن ادخال عقار في ملك الصغير وليس ازالة لملك الصغير وتبرعاً (مجمع الأنهر، جامع أحكام الصغار) حتى إن الأب لو اشترى العقار الذي كان الصغير شفيعه لنفسه فليس للصغير متى بلغ أخذ ذلك العقار بالشفعة (الخانية، جامع أحكام الصغار) لأن الشراء لما كان غير مناف للأخذ بالشفعة فتبطل الشفعة في هذه الصورة لترك الأب اياه مع تمكنه من أخذه بالشفعة (الهندية في الباب الثاني عشر).

ولو باع الأب داراً لنفسه، وابنه الصغير شفيعها، فلم يطلب الأب الشفعة للصغير فلا تبطل شفعة الصغير، حتى لو بلغ الصغير كان له أن يأخذها، لأن الأب هنا لا يتمكن من الأخذ بالشفعة لكونه بائعاً وسكوت من لا يملك الأخذ لا يكون مبطلاً (الهندية في الباب الثاني عشر).

كذلك لو بيع عقار بأقل من قيمته بغبن فاحش وكان الصغير شفيعه أيضاً فيجوز تسليم الشفعة أيضاً على رواية عن الإمام الأعظم، لأنه امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه، ولم يكن تبرعاً كما قلنا. أما عند الإمام محمد فلا يجوز تسليم الشفعة، لأن هذا بمنزلة التبرع من مال الصغير.

استثناء: إذا بيع العقار الذي يكون الصغير شفيعه بأكثر من قيمته بغبن فاحش فلا يصح تسليم ولي الصغير شفعة بالإجماع. لأن ولي الصغير في هذه الصورة ليس له أن يأخذ للصغير ذلك العقار بالشفعة وسكوته عن الطلب وتسليمه إنما يصح إذا كان مالكاً للأخذ فيبقى الصبي على حقه إذا بلغ (الهندية في الباب الثاني عشر).

وعليه فلا يجوز تسليمه أيضاً (الدر المنتقى).

فإذا لم يكن هذا التسليم صحيحاً فللصغير متى بلغ أخذ هذا العقار بالشفعة.

الفصل الرابع

في بيان حكم الشفعة

﴿مادة ١٠٣٦﴾ - (يكون الشفيع مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم)

لأنه لما كان ملك المشتري في المشفوع تاماً، فإذا لم يكن واحد من هذين الشيئين، فلا ينتقل ذلك الملك من المشتري إلى الشفيع. وتتفرع المسائل الآتية من عدم ذلك الانتقال:

المسألة الأولى: لو توفي الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير بطلت الشفعة ولا تورث.

المسألة الثانية: لو باع الشفيع المشفوع به قبل التراضي والحكم بطلت شفعته.

المسألة الثالثة: لو بيعت عرصة في جنب العقار المشفوع قبل التراضي والحكم فلا تثبت للشفيع الشفعة بسبب ذلك العقار.

المسألة الرابعة: لو استهلك المشتري الأثمار الحادثة في المشفوع، وهو في يد المشتري، قبل التراضي والحكم فلا يلزم المشتري ضمان وليس للشفيع تنزيل حصة من الثمن (الطحطاوي).

يستفاد من هذا صراحة وضمناً حكمان:

الحكم الأول - يصير الشفيع مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم.

يعني يصير الشفيع مالكاً للمال المشفوع في إحدى صورتين:

الصورة الأولى - يصير مالكاً للمشفوع بتسليم المشتري اياه برضاه.

يعني أنه يشترط في هذه الصورة ليكون الشفيع مالكاً للمشفوع قبضه اياه ولا يملكه بدون القبض

الصورة الثانية - يصير مالكاً له بحكم الحاكم بالشفعة لدى المحاكمة بناء على عدم تسليم المشتري المشفوع برضاه.

وعلى هذه الصورة يدخل المشفوع في ملك الشفيع بمجرد حكم الحاكم ولو لم يقبضه الشفيع. (الدرر عبد الحليم).

على ان للشفيع أن يقول لا آخذ بدون حكم الحاكم، ولو أعطاه اياه المشتري برضاه، ويرفع الدعوى ويستصدر حكماً بذلك. لأن في قضاء القاضي زيادة منفعة، وهي معرفة القاضي بسبب ملكه، وعلم القاضي بمنزلة شهادة شاهدين، فهذا أحوط من الأخذ بغير قضاء (الجوهرة).

التراضي، من باب التفاعل، يقال تراضى يتراضي تراضياً، وبما أنه يكتفي في التسليم برضاء المشتري فقط فكان من المناسب أن يقال (برضاء المشتري) بدلاً من قوله (بالتراضي).

المسائل المتفرعة من هذا الحكم:

المسألة الأولى ـ لا يستطيع الشفيع ترك المشفوع بعد حكم الحاكم (الدر المنتقى).

يعني ليس للشفيع بعد ذلك أن يقول تركت شفعتي فلا آخذ العقار.

المسألة الثانية ـ إذا توفي الشفيع بعد لحوق الحكم لا تبطل الشفعة، ويرث ورثة الشفيع المشفوع

الحكم الثاني ـ لا يملك الشفيع المشفوع قبل التسليم برضى المشتري أو قبل حكم الحاكم.

المسائل المتفرعة من هذا الحكم:

المسألة الأولى ـ لو بيعت عرصة في جوار العقار المشفوع قبل حكم الحاكم أثناء طلب الشفيع خصومة المشتري وقبل التسليم برضا المشتري ثم حكم الحاكم بالشفعة بعد ذلك، أو سلم برضا المشتري، فلا يكون الشفيع شفيعاً لهذه العرصة (أنظر المادة ١٠٤٠).

المسألة الثانية ـ إذا توفي قبل التسليم أو قبل الحكم بطلت الشفعة (أنظر المادة ١٠٣٨)

المسألة الثالثة ـ لو أخرج الشفيع المشفوع به من ملكه بعد الطلبين قبل حكم الحاكم أو تسليم المشتري بالرضا بطلت الشفعة (أنظر المادة ١٠٣٩) (الهندية في الباب الثالث).

المسألة الرابعة ـ لو أخذ المشتري الثمر الحادث والحاصل في المشفوع واستهلكه وهو في يده قبل أن يصير الشفيع مالكاً له بأحد الوجهين المذكورين فلا يلزم ضمان (رد المحتار).

مثلاً لو كان المشفوع كرماً وأخذ واستهلك المشتري، وهو في يده العنب الحادث فيه، أي العنب الحادث بعد البيع، فلا يلزم المشتري ضمان، كما أنه لو حكم للشفيع بالشفعة فليس له أن يطلب تنزيل شيء من ثمن المبيع مقابل ما استهلك من الأثمار. لأن الملك ثابت للمشتري وهو مخير إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك (الجوهرة).

المسألة الخامسة ـ لو آجر المشتري المشفوع لآخر وأخذ اجرته قبل أن يملكه الشفيع على الوجه المشروح، كانت هذه الاجرة طيبة للمشتري (فتح المعين).

المسألة السادسة ـ لو باع المشتري المشفوع قبل أن يملكه الشفيع من آخر جاز، ويكون الشفيع في هذه الصورة مخيراً إن شاء أخذه بالشفعة بالبيع الأول أو البيع الثاني.

المسألة السابعة ـ للمشتري أن يهدم العقار المشفوع قبل أن يملك الشفيع المشفوع (الجوهرة) (أنظر شرح المادة ١٠٤٤).

البدل الذي يجب أن يعطيه الشفيع للمشتري:

إذا اشترى المشتري المشفوع ببدل من المثليات فعلى الشفيع أن يعطى المشتري مثل ذلك البدل.

أما لو أخذه ببدل من القيميات فيعطى الشفيع قيمة ذلك البدل للمشتري. مثلاً لو اشترى المشتري عقاراً بمائة دينار أو بخمسمائة ريال أو بستمائة كيلة حنطة، فعلى الشفيع أن يعطي مائة دينار أو خمسمائة ريال أو ستمائة كيلة حنطة للمشتري ويضبط المشفوع.

أما لو اشترى المشتري العقار في مقابل فرسين فللشفيع أن يعطي المشتري قيمتها وقت الشراء ويضبط العقار.

يعني إذا كان بدل العقار من القيميات فالقيمة المعتبرة في البدل هي القيمة وقت الشراء ولا تعتبر قيمته وقت الأخذ بالشفعة (فتح المعين).

كذلك لو تبادل شخصان عقاراً بعرصة فلشفيع العقار أن يعطى قيمة العرصة ولشفيع العرصة أن يعطي قيمة العقار وقت الشراء ويضبط كل منهما مشفوعه (الدرر).

رجلان لكل واحد منهما دار وهما متلاصقان فتبايعا بالدارين فشفيع كل واحد من الدارين أحق بها من المشتري (الأنقروي).

يأخذ الشفيع بما يجب بالعقد وليس بما يعطى بدلاً له. فلو اشترى المشتري بدراهم أو بدنانير وأعطى عرضاً لبائعه بدلاً منه فيأخذ الشفيع بدراهم ودنانير ليس بقيمة العرض (الهندية في الباب الثالث عشر).

كذلك لو اشترى المشتري عقاراً بسكة خالصة ثم بعد الإشتراء لو أعطى بائعه سكة مغشوشة ورضي البائع بذلك فيجبر الشفيع على اعطاء المشتري سكة خالصة «الهندية في الباب الخامس».

حكم ما يقع من حط وتنزيل في ثمن المبيع بين البائع والمشتري بالنظر إلى الشفيع:

إن حط البائع بعض ثمن المبيع في حق المشتري يستلزم حطه في حق الشفيع أيضاً سواء أكان الحط بعد أن أخذ الشفيع العقار المشفوع بالشفعة أم كان قبل أخذه اياه (عزمي زاده). لأن الحط يلتحق بأصل العقد فالحط عن المشتري حط عن الشفيع (مجمع الأنهر ملخصاً).

وكذا إذا أبرأه من بعض الثمن أو وهب له فحكمه حكم الحط (الجوهرة). أما لو حط ثمن المبيع كله فلا يستفيد منه الشفيع. لأن هذا الحط لا يلتحق بأصل العقد، لأنه لو التحق بأصل العقد لوجب أن يكون بيع بلا ثمن، وهذا بيع باطل. هذا إذا حط الكل بكلمة واحدة، أما إذا كان بكلمات فيأخذه بالأخيرة (الجوهرة) كذلك إذا زيد على ثمن المبيع من المشتري فلا تكون هذه الزيادة ذات تأثير على الشفيع، لأن حق الشفيع قد تعلق بالثمن الأول، وليس للمشتري أن يبطل حق الشفيع بزيادته الثمن (مجمع الأنهر).

مثلاً لو اشترى المشتري عقاراً بألف درهم، فحط البائع مائتي درهم من الثمن قبل أن يأخذ الشفيع العقار بالشفعة، أو وهب البائع قبل القبض مائتي درهم للمشتري فللشفيع أخذ ذلك العقار بثمانمائة درهم.

كذلك لو اشترى المشتري العقار بألف درهم ودفع الشفيع الألف درهم للمشتري وضبط المشفوع فحط البائع بعد ذلك مائتي درهم من الثمن فللشفيع حينئذ حق استرداد المائتي درهم من المشتري (عزمي زادة).

أما لو أفرز البائع مائتي درهم من الثمن بعد أن أعطاه المشتري اياه ووهبها للمشتري سلمه اياها فلا يستفيد الشفيع من ذلك لأنه تمليك مبتدأ (الخانية).

وعليه فلو حط البائع نصف ثمن المبيع ثم حط النصف الثاني يثبت الحط الأول في حق الشفيع

أيضاً لكن الحط الثاني فبما أنه لا يستفيد الشفيع منه فيلزم أن يأخذ المشفوع بنصف الثمن المسمى (مجمع الأنهر).

لأنه لما حط النصف التحق بأصل العقد، فوجب عليه النصف، فلما حط النصف الآخر، كان حطاً للجميع، فلا يسقط للشفيع (مجمع الأنهر). وإذا حط عنه جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع وهذا إذا حط الكل بكلمة واحدة، وأما إذا كان بكلمات فيأخذها في الأخيرة (الهندية في الباب السابع عشر).

أما إذا ضم المشتري على ثمن المبيع مائتي درهم فأبلغه إلى ألف ومائتي درهم فيأخذه الشفيع بألف درهم ولا يلزمه اعطاء المائتين المزيدتين دفعاً للضرر. وإنما لا تظهر الزيادة بحق الشفيع لأنه استحق أخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك المشتري ابطال حقه السابق له فلا يتغير العقد في حقه كما لا يتغير تجديدهما العقد، لما يلحق بذلك من الضرر ويلتحق به في حق نفسه لأن له ولاية على نفسه دون الشفيع (الطحطاوي) (أنظر المواد ٢٥٩ و٢٦٠ و٢٦١).

اختلاف الشفيع والمشتري في ثمن المشفوع:

المسألة الأولى - إذا اختلف الشفيع والمشتري في ثمن المبيع وكان المشفوع قد قبض من طرف المشتري وأعطى ثمنه للبائع فالقول مع اليمين للمشتري لأن الشفيع يدعي أن له حقاً في اعطاء الثمن القليل أخذ المشفوع، والمشتري منكر (أنظر المادة ٧٦) (فتح المعين ومجمع الأنهر).

ولا يجري التحالف في هذا لأن الشفيع وإن كان يدعي استحقاق المشفوع فالمشتري لا يدعي شيئاً على الشفيع، لأن الشفيع مخير بين أخذ المشفوع وتركه (الهداية) والحال أن التحالف يجري في المحل الذي يقع فيه الإنكار والدعوى من الطرفين، ويثبت على خلاف القياس، (أنظر المادة ١٧٨٧) (فتح المعين).

الأب إذا اشترى لابنه الصغير داراً ثم اختلف مع الشفيع في الثمن فالقول قول الأب لأنه ينكر حق التملك للشفيع بما يدعيه ولا يمين عليه، لأن النكول لا يفيد (الهندية قبيل الباب الثالث عشر). وإذا اختلف في جنس الثمن فالحكم على المنوال المشروح (الدرر، عبد الحليم).

أما لو أقام كل منهما البينة، فترجح بينة الشفيع عند الطرفين، لأن بينة الشفيع تثبت الأكثر معنى، حيث إذا قبلت بينة الشفيع توجب تسليم المشتري العقار المشفوع للشفيع لأن بينته ملزمة للمشتري وبينة المشتري ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين الأخذ والترك «الطحطاوي». لكن إذا قبلت بينة المشتري فلا يلزم الشفيع شيء بتلك البينة، لأن الشفيع مخير بين الأخذ والترك كما قلنا «الدرر وفتح المعين».

وإن كانت بينة المشتري تثبت صورة الأكثر فلا عبرة لذلك.

بينة الشفيع أحق بالتقديم عند الطرفين لكونه مدعياً ولأنه يمكن صدق البينة بجريان العقد مرتين فيجعلان موجودين فالشفيع يأخذ بأيهما شاء «مجمع الأنهر». ولو اختلف الشفيع والمشتري في مقدار قيمة العروض التي هي بدل الدار فالقول قول المشتري فإن أقاما جميعاً فالبينة أيضاً بينة المشتري «الأنقروي».

المسألة الثانية ـ إذا اختلف المشتري والبائع فقال المشتري اشتريت المشفوع بألف درهم فيلزم الشفيع اداء ألف درهم، وقال البائع بعته بثمانمائة درهم، ينظر، فإذا لم يكن البائع قابضاً شيئاً من ثمن المبيع فالقول للبائع ويأخذه الشفيع بثمانمائة درهم بلا يمين، سواء أقبض المشتري العقار المشفوع أم لا «مجمع الأنهر».

لأنه إذا كان ثمن المبيع في هذه الحالة ثمانمائة حقيقة فيأخذه الشفيع بها، وإذا كان ألفاً فيكون البائع بإدعائه الأقل قد حط مائتي درهم من الثمن، والشفيع يستفيد من حط بعض الثمن (الهداية والدر المنتقى) وإذا قبض البائع ثمن المبيع كله وثبت القبض المذكور بالبينة أو بالنكول عن اليمين، فيأخذه بالثمن الذي قال به المشتري لأن البائع باستيفائه الثمن خرج من الوسط والتحق بالأجانب، ويكون الإختلاف قاصراً على الشفيع والمشتري، فالقول في هذا للمشتري (فتح المعين) أما إذا لم يثبت قبض الثمن على الوجه المذكور، وقال البائع بعته بألف درهم وأخذت ثمن البيع فقط فيأخذه الشفيع بألف درهم لأنه بين الثمن في حال له ولاية البيان فيه فقبل بيانه، إلا أنه لو قال البائع قبل بيان القدر بادئاً بقبض الثمن بقوله بعت وقبضت الثمن ثمن المبيع ألف درهم فلا يلتفت لقول البائع في حق ثمن المبيع ويأخذه الشفيع بالثمن الذي يقول به المشتري. لأنه لما أقر باستيفاء الثمن أولاً صار أجنبياً فلا يعتبر قوله في مقدار الثمن (مجمع الأنهر) حتى لو قبض بعضه وبقي شيء منه فالقول قول البائع (فتح المعين).

وبالعكس لو قال المشتري ثمن المبيع ألف درهم وقال البائع الف ومائتا درهم وكان الاختلاف المذكور قبل أن يقبض البائع الثمن يجري التحالف بينهما على الوجه المذكور في المادة (١٧٧٨) فأيهما حلف يثبت ثمن المبيع على الوجه الذي ادعاه الآخر فيأخذه الشفيع به لأن نكول الخصم كالإقرار (الزيلعي) وإذا حلف الإثنان كلاهما يفسخ الحاكم البيع. لكن بما أن هذا الفسخ لا يوجب بطلان حق الشفيع فيأخذ الشفيع المشفوع بالثمن الذي أدعاه البائع (الهداية مجمع الأنهر). لأنه لما ثبت حق الشفعة للشفيع بسبب البيع فلا يبطل حق الشفيع بفسخ الحاكم البيع على هذا الوجه. ألا ترى أن الدار إذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حقه إن كان الرد بغير قضاء (الزيلعي وفتح المعين). وإن كان الاختلاف المذكور بعد قبض الثمن كان قول المشتري معتبراً (مجمع الأنهر).

وإذا اختلف في صفة الثمن، يعني لو قال المشتري اشتريته بثمن معجل والشفيع قال اشتريته بثمن مؤجل، فالقول للمشتري (الهندية في الباب العاشر).

كذلك لو اشترى المشتري عقاراً بعروض، فإذا تلفت العروض قبل تسليمها للبائع ينتقض البيع في حق العروض، ويبقى حق الشفعة للشفيع، فإذا اختلف في قيمة العروض فأيهما أقام البينة تقبل منه، وإذا أقامها الإثنان ترجح بينة البائع، وإذا عجز كلاهما عن إقامتها فالقول مع اليمين للبائع (الهندية في الباب العاشر).

وإذا اختلف في جنس الثمن، يعني إذا اختلف الشفيع والمشتري في جنس الثمن، فقال المشتري إنني أخذته بمائة دينار وقال الشفيع انك أخذته بخمسمائة ريال فالقول للمشتري. لأن المشتري

أعرف بجنس الثمن من الشفيع، فيرجع في معرفة الجنس إليه (الهندية في الباب العاشر).

﴿مادة ١٠٣٧﴾ - (تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الاشتراء ابتداء بناء عليه فالأحكام التي تثبت بالشراء ابتداء كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة أيضاً)

الشفعة في كل الأحكام كالبيع (الدر المنتقى).

يعني تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة اشتراء ذلك الملك ابتداء، ويستفاد من المواد «٩٥، ١٠٢١، ١٠٣١» أنه أحياناً بمنزلة الاشتراء من البائع وأحياناً أخرى بمنزلة الإشتراء من المشتري، لأن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض، وإن كان قبله، شراء من البائع لتحول الصفقة إليه، فيثبت له الخيار كما إذا اشتراه منهما «الطحطاوي».

بناء عليه فالأحكام التي تثبت بالشراء ابتداء للبائع أو للمشتري، كالرد بخيار الرؤية، وخيار العيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق، وحبس المبيع لاستيفاء الثمن، تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة أيضاً للشفيع والمشتري. ولا يثبت للشفيع خيار الشرط وإن كان مشروطاً في العقد لعدم اشتراط منه ولا الأجل في الثمن يعني إن اشترط المشتري على البائع تأجيل الثمن لا يثبت في حق الشفيع «الطحطاوي».

إيضاح خيار الرؤية والعيب: يفهم من ذكر ثبوت خيار الرؤية والعيب مطلقاً إن رؤية المشتري المبيع ورضاه به أو براءة البائع من كل عيب أو شراء المشتري اياه بشرط البراءة من كل عيب لا يسقط خيار الرؤية والعيب للشفيع. لأن المشتري لما لم يكن نائباً للشفيع فلا يستطيع المشتري اسقاط حق ثابت للشفيع (الهداية، فتح المعين، الدرر، الدر المنتقى).

وعليه فلو اتخذ الشفيع الشفعة في العقار الذي رآه المشتري قبل الشراء واشتراه أو رآه بعد الشراء ورضي به وضبطه الشفيع بالرضاء أو بحكم القضاء كان مخيراً متى رآه.

كذلك لو اشترى المشتري عقاراً وهو عالم بعيبه فاتخذ الشفيع فيه الشفعة وهو غير عالم بالعيب، فمتى اطلع على عيبه بعد أن أخذه بالرضاء أو بالقضاء كان مخيراً، إن شاء قبله وإن شاء أعاده للبائع إذا كانت عهدة الأخذ عائدة إلى البائع أو للمشتري إذا كانت العهدة راجعة إليه لو بنى الشفيع ثم وجد بها عيباً رجع بالنقصان ورجع المشتري على بائعها أيضاً إن كان الأول بقضاء (الهندية في الباب السابع عشر).

إيضاح الاستحقاق: إذا ظهر مستحق للعقار المشفوع بعد أن أخذه الشفيع بالرضى أو بالحكم وأخذه بعد الإثبات والحلف والحكم من الشفيع فللشفيع أيضاً أن يسترد ثمن المبيع أو المشتري لأنه تبين أن ثمن المبيع قد أخذ من الشفيع بغير حق. لأن الأرض لم تكن في ملكه (الطحطاوي). يعني إذا كانت عهدة الشفعة عائدة إلى البائع فيرجع بالثمن عليه، وإذا كانت راجعة إلى المشتري فيرجع بالثمن عليه أيضاً.

إيضاح الحبس بالثمن:

للمشتري أن يحبس المشفوع لاستيفاء الثمن، يعني له أن يمتنع من تسليمه للشفيع وإذا أخر الشفيع إيفاء الثمن بعد الحكم، على ما صار إيضاحه في شرح المادة (١٠٣١)، فلا تسقط شفعته «الهداية فتح المعين، الدرر، الدر المنتقى، الهندية في الباب الخامس».

استثناء: الشفعة ليست كالبيع في ضمان الغرور. يعني لا يجري ضمان الغرور في الشفعة كما يجري في البيع، بمقتضى المادة «٦٥٨»، لأن في الشفعة جبراً.

مثلاً، لو بنى الشفيع أبنية على العرصة المشفوعة بعد أخذه اياها بالشفعة ثم ظهر لها مستحق، فضبط العرصة وهدمت الأبنية بطلبه، فللشفيع أن يأخذ الثمن من البائع أو المشتري كما وضح آنفاً، إلا أنه ليس له حق الرجوع عليهما بقيمة الأبنية «الهندية في الباب الخامس».

والفرق بين الشفيع والمشتري إن المشتري صار مغروراً من جهة البائع لما أوجب له في الدار صار غاراً له والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه من الضمان والخسران أما الشفيع فلم يصر مغروراً من جهة المشتري لأنه تملك الدار على كره منه فلا رجوع عليه (الطحطاوي).

﴿مادة ١٠٣٨﴾ - (لو مات الشفيع بعد طلب المواثبة وطلب التقرير وقبل أن يكون مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم لم ينتقل حق الشفعة إلى ورثته)

سواء توفي قبل الطلب أم بعده. بناء عليه فلا حق للورثة في طلب الشفعة، لأنه لما كان المورث غير مالك للعقار المشفوع وكذلك الوارث لا يكون مالكاً، وبما أن حق الشفعة هو عبارة عن حق تملك ومشيئة فهو قائم بالشفيع وبموت الشفيع تبطل الشفعة (الهندية وفتح المعين ومجمع الأنهر) لأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها وتثبت الملك فيها للوارث بعد البيع، وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط، ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ (الطحطاوي).

أما لو توفي بعد أن ملك المشفوع بتسليم المشتري اياه بالرضاء أو بحكم الحاكم فيرث ورثة الشفيع المشفوع (البهجة).

حتى انه لو توفي الشفيع بعد أن حكم الحاكم له بالشفعة وقبل أن يؤدي الثمن ويقبض المشفوع فتلزم الشفعة في حق ورثة الشفيع (الهداية).

جاء في هذه المادة (إذا توفي الشفيع) لأن وفاة المشتري لا تبطل الشفعة، لأن المستحق باق وسبب الحق لم يتغير، فوفاة المستحق عليه لا تغير سبب الإستحقاق، والواقع أنه وإن انتقل المشفوع إلى الورثة فلو دخل المشفوع في ملك آخر بوجه كبيع المشتري اياه من آخر أو هبته منه تبقى شفعة الشفيع وكما أن للمشتري حق نقض تصرفاته ولو وقفه وجعله مسجداً أو مقبرة فحق الشفيع باق في الإرث أيضاً.

مثلاً إذا باع أحد عقاراً من آخر وسلمه اياه، وبعد ذلك توفي ذلك الآخر وضبط الورثة ذلك العقار وبعد ذلك لو سمع شفيع البيع وراعى شرائط الشفعة، فله أخذه بالشفعة من الورثة.

فعليه لو باع الوصي أو الحاكم بعد وفاة المشتري المشفوع لدينه أو لوصيته فيبطل الشفيع ذلك ويضبط المشفوع. كذلك لو تصرف المشتري في حياته على وجه المشروح فللشفيع نقض تصرفه أيضاً (أنظر شرح المادة ١٠٢١) «الهداية والبهجة وفتح المعين».

«مادة ١٠٣٩» - (لو باع الشفيع المشفوع به بعد الطلبين على الوجه المشروح وقبل تملكه المشفوع يسقط حق شفعته).

يشترط بقاء المشفوع به في ملك الشفيع إلى وقت القضاء أو التسليم بالرضاء، فإذا خرج المشفوع به من ملكه قبل ذلك بطلت شفعته، وإليك مسائل متفرعة من ذلك:

المسألة الأولى - لو باع الشفيع المشفوع به كاملاً بيعاً باتاً بعد الطلبين، يعني طلبي المواثبة والتقرير على الوجه المشروح، يعني قبل أن يملك المشفوع بالرضاء أو بالقضاء، سقط حق شفعته، سواء أكان عالماً بالشراء الموجب للشفعة أم غير عالم به، لأنه إذا لم يسبق المشفوع به الذي هو سبب الشفعة قبل الملكية بالشفعة، فلا يثبت حكم الشفعة أيضاً. فإن رجعت إليه بأن ردت عليه بعيب، بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية لم تعد الشفعة لأنها قد بطلت (الجوهرة).

ايضاح القيود:

١ - بيعاً باتاً: أما لو باع الشفيع المشفوع به على أنه مخير فيها أنه لا يزول ملكه من المشفوع به مدة خياره، بمقتضى المادة (٣٠٨)، فلا تسقط شفعته قبل أن يسقط خياره (الهندية) فإن طلب الشفعة في مدة الخيار فذلك منه نقض للبيع وله الشفعة (الجوهرة) كذلك لو باع الشفيع المشفوع به بيعاً وفائياً فلا تسقط شفعته لبقائه في ملكه.

٢ - كاملاً: أما لو أبقى الشفيع من المشفوع به في ملكه ولو مقداراً جزئياً وباع الباقي فلا تبطل شفعته لأن المقدار الجزئي الباقي في ملك الشفيع كاف ابتداء للشفعة فيكفي بقاء وانتهاء أيضاً (الخانية).

٣ - إذا باع: يفهم من قوله (إذا باع) مطلقاً ان شفعة الشفيع تسقط، سواء أباعه وهو عالم ببيع المشفوع أم غير عالم ببيعه (الطحطاوي).

٤ - مسألة: لو باع أحد عقاراً بيعاً فاسداً فما لم يسلمه يكون هذا العقار للبائع مشفوعاً به، وفي هذا الحال لو بيعت دار أخرى متصلة بالعقار المذكور فللبائع طلبها بالشفعة أما لو سلم البائع المشتري هذا العقار قبل الحكم بالشفعة، بطلت شفعته، أما لو سلمه بعد الحكم فلا يطرأ خلل على شفعته (الهداية).

٥ ـ مسألة : لو وقف الشفيع المشفوع قبل أن يملك المشفوع على الوجه المشروح وسجله أو جعله مسجداً أو مقبرة بطلت شفعته (فتح المعين)، وينبغي على القول بلزوم الوقف بمجرد القول أن تسقط الشفعة به وإن لم يسجل (فتح المعين).

﴿مادة ١٠٤٠﴾ ـ (لو بيع ملك عقاري آخر متصل بالملك المشفوع قبل أن يتملكه الشفيع على الوجه المشروح فلا يكون شفيعاً لهذا العقار الثاني).

وقوله (على الوجه المشروح) أي أن يملكه الشفيع بالرضاء أو بالقضاء كما في المادة (١٠٣٨) لأن الشفيع بما أنه لم يملك المشفوع فلا يكون شفيعاً لعقار آخر بسببه (الهداية). إلا أنه للمشتري أن يكون شفيعاً للعقار الثاني لأن المشفوع به باق في ملك المشتري قبل التسليم والحكم.

﴿مادة ١٠٤١﴾ ـ (الشفعة لا تقبل التجزئة. بناء على ذلك ليس للشفيع حق في أخذ مقدار من العقار المشفوع وترك باقيه)

لا تقبل الشفعة التجزئة والتبعيض إذا لم يرضى المشتري الواحد بذلك. لأنه على هذا التقدير يتضرر المشتري من تفرق الصفقة تضرراً فادحاً فكما أنه يتضرر بخروج ملكه من يده فيتضرر بحصول الشركة أيضاً.

قيل شرحاً «بلا رضا المشتري» لأنه إذا رضي المشتري كانت الشفعة قابلة للتجزئة. فلو كان أحد الشفيعين غائباً وطلب الحاضر منهما النصف فقط، ورضي المشتري بذلك جاز. لكن إذا أراد الشفيع الحاضر أخذ الكل، فلا حق للمشتري أن يقول لا أعطيه غير النصف والنصف الباقي أريد أن أعطيه للغائب، وللشفيع الحاضر أن يأخذ الكل (الهندية في الباب السادس).

قيل «المشتري الواحد»، لأنه إذا تعدد المشترون كان للشفيع أخذ حصة أحدهما بالشفعة فقط ويترك حصص الباقين، سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده. وسواء سمي ثمن واحد لهم جملة أم سمي لكل مشتر ثمن على حدة وسواء أكان المشتري عاقداً لنفسه أم لغيره. لأن الشفيع بما أنه في هذه الصورة يقوم مقام المشتري الذي أخذ حصته فليس من ضرر لتفرق الصفقة على هذا المشترى، ولا على المشترين الآخرين. إلا أنه قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا فقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع لئلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين الفهم لأنه كواحد منهم (مجمع الأنهر).

مثلاً لو اشترى خمسة أشخاص عقاراً من آخر، فللشفيع إن شاء أخذ حصة أحدهما وإن شاء أخذ حصص الجميع. سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده (فتح المعين، الهداية، الهندية في الباب الرابع)

والمعتبر في التعدد والإتحاد العاقد، وليس المالك والمشتري له بناء عليه لو وكل شخص واحد عدة أشخاص لشراء عقار واحد واشتروا العقار صفقة واحدة أو عدة صفقات فللشفيع أن يشتري حصة أحد

المشترين الوكلاء. فلو اشترى عشرة وكلاء عقاراً لشخص واحد، فللشفيع أخذ حصص اثنين أو ثلاثة منهم (الهندية في الباب الرابع).

وبالعكس لو وكل جماعة وكيلاً واحداً بالشراء واشترى لهم جميعاً عقاراً واحداً فليس للشفيع أن يأخذ حصة أحد الموكلين ويترك الباقي لأن حقوق العقد تتعلق بالتعاقد (فتح المعين). وتتفرع من هذه المادة عدة مسائل:

المسألة الأولى: إذا ترك الشفيع مقداراً من العقار المشفوع قليلاً أو كثيراً وأخذ الباقي بالجبر عن المشتري ينظر، فإذا كان الشفيع شفيعاً للإثنين فلا حق له في أخذه سواء أكان البعض ممتازاً عن الآخر أم لم يكن.

مثال لما هو غير ممتاز: لو باع أحد عقاراً له فللشفيع أخذ الكل أو تركه وإلا فليس له ترك نصفه.
مثال لما هو ممتاز: لو اشترى أحد عقارين صفقة واحدة وكان الشفيع شفيعاً لكليهما فأما أن يأخذهما معاً أو يتركهما معاً، ولا حق للشفيع في أن يأخذ أحدهما ويترك الثاني سواء أكان هذان العقاران متلاصقين أم مفترقين وسواء أكانا في بلد واحد أم في بلدين (الهندية في الباب الرابع).

جاء في المجلة (العقار المشفوع) إذا تعددت العقارات وكانت جميعها مشفوعاً فقد بين حكمها آنفاً. لكن إذا تعددت العقارات المشتراة وامتاز بعضها عن البعض الآخر، وكان الشفيع شفيعاً لأحدهما ولم يكن شفيعاً للآخر ووقع البيع صفقة واحدة، فعلى رواية إنما يأخذ الشفيع العقار الذي هو شفيعه بحصته من الثمن والصحيح هذه الرواية، وللشفيع أخذها كلها رواية أخرى (الهندية في الباب الرابع، فتح المعين) ويستفاد من لفظ (العقار) إن المشتري لو اشترى عقاراً ودابة صفقة واحدة فإنما يأخذ الشفيع العقار بحصته من الثمن، أما الدابة فليس له أخذها (فتح المعين). والواقع أنه وإن كان في ذلك تفريق صفقة فقد جاز ذلك في الشفعة، كما هو مبين في شرح المادة (١٧٧) من كتاب البيوع.

المسألة الثانية: لو اشترى المشتري منزلاً ذا أربع غرف في طريق غير نافذة وأراد الشفيع أخذ غرف واحدة فقط. فإذا كان يطلب الشفعة بسبب الشركة في الطريق فليس له أخذ بعض المبيع لأن الشفعة في هذه الصورة تكون قد تجزأت. وإذا كان طلب الشفعة بسبب الجوار وكانت هذه الغرفة مجاورة له فقط فله الحق في أخذ هذه الغرفة فقط (الهندية في الباب الرابع).

المسألة الثالثة: لو اشترى أحد عقاراً من اثنين، فليس لشفيعه أن يأخذ حصة أحد البائعين فقط، سواء أقبض المشتري العقار أم لم يقبضه (الهندية في الباب الرابع). لأنه بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالأخذ منه وبعيب الشركة (مجمع الأنهر).

المسألة الرابعة: إذا كان لعقار شفيعان متساويان في الدرجة وطلبا نصف مالهما من حصة الشفعة بطلت شفعتهما في الكل، أنظر شرح المادة (١٠٢٩) (فتح المعين). كذلك لو طلب أحد هذين الشفيعين وطلب الثاني النصف فقط تسقط شفعة طالب النصف. ويأخذ الشفيع طالب الكل كل المشفوع (التنقيح).

المسألة الخامسة: لو سلم الشفيع بعد البيع بعد البيع نصف الشفعة كانت شفعته باطلة كلها. لأن حق الشفعة كما أنه لا يقبل التجزئة ثبوتاً لا يقبل التجزئة اسقاطاً أيضاً، وذكر بعضه كذكر كله. أنظر المادة (٦٣) (مجمع الأنهر).

المسألة السادسة: لو ظهر للعقار شفيع بعد أن باع المشتري نصفه من آخر وأراد الشفيع أخذ المشفوع ينظر،فإذا كان يريد أخذه بالبيع الأول فيلزم أن يأخذه كله ويبطل البيع الثاني،وليس له في هذه الصورة أن يأخذ نصف العقار الباقي بالشفعة فقط وإذا أراد أخذه بالبيع الثاني بالشفعة يأخذ النصف (الهندية في الباب السادس).

المسألة السابعة: لو ظهر شفيع للعقار بعد أن أفرز المشتري نصفه ووهبه لآخر وسلمه اياه فيلزم أن يأخذ العقار كله بالشفعة وتبطل الهبة، وإلا ليس له أخذ النصف الباقي في يد المشتري فقط (الهندية في الباب الثالث).

﴿مادة ١٠٤٢﴾ - (ليس لبعض الشفعاء أن يهبوا حصتهم لبعض، وإن فعل أحدهم ذلك أسقط حق شفعته).

ليس لبعض الشفعاء أن يهبوا حصتهم في الشفعة لبعض قبل الحكم، أي ليس لهم أن يتركوا حصتهم لبعض، لأن الهبة عبارة عن تمليك المال، ولما كانت الشفعة ليست بمال، فهبة الشفعة بمعنى تركها، ولفظ الهبة هنا ليس قيداً احترازياً. ولذلك فليس للشفيع أن يترك حق شفعته في مقابل نقود لشفيع آخر أو أجنبي. يعني أن يعتاض عوضاً عن حق الشفعة، حتى أنه لو باع شفعته في مقابل مال أو صالح المشتري على مال عن حق الشفعة، سقطت شفعته ويلزم رد العوض (الهندية). أنظر شرح المادة (١٠٢٤).

فلو وهبه أو باعه فيكون قد اسقط حق شفعته مجاناً، وليس له المطالبة بالشفعة بعدئذ، أنظر المادة (٥١).

وعلى هذا فتقسيم الشفعة على عدد رؤوس الشفعاء بما فيهم الشفيع الموهوب له ما عدا الشفيع الواهب، وإلا فلا يلزم بقاء الحصة الموهوبة في عهدة المشتري أو اعطائها للموهوب له (فتاوى ابن نجيم).

أما بعد الحكم، أي بعد أن تدخل حصته في المشفوع إلى ملكه بحكم الحاكم، فمن البديهي أن للشفيع أن يهب حصته حينئذ لمن شاء من الشفعاء، توفيقاً للمسائل الواردة في كتاب الهبة.

﴿مادة ١٠٤٣﴾ - (إن أسقط أحد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخر أن يأخذ تمام العقار المشفوع وإن أسقطه بعد حكم الحاكم فليس للآخر أن يأخذ حقه).

إن أسقط أحد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم، أي حق شفعته، فللشفيع الآخر، سواء أكان هذا الشفيع في درجة الشفيع المسقط أم دونه، أن يأخذ تمام العقار المشفوع، أي له أن يأخذ المشفوع كله أو أن يتركه كله، وليس له، كما يفهم من المادة (١٠٤١)، صلاحية في أن يأخذ حصته فقط ويترك حصة المسقط (رد المحتار) كذلك إذا كان الشفعاء ثلاثة أو أكثر فأسقط أحدهما حقه على الوجه المشروح تقسم الشفعة على عدد رؤوس الباقين، لأن ملك الشفعاء لا يتقرر قبل الحكم، فلو ترك قبل تقرر ملكه يعني لو ترك أحد الشفعاء حصته قبل دخولها في ملكه فيما أنه يعد هذا التارك في حكم العدم، فيأخذ الباقون العقار المشفوع تماماً، مثلاً إذا كان لعقار شفيعان، أحدهما حاضر والآخر غائب، فاتخذ الحاضر الشفعة في العقار، ثم اطلع قبل الحكم على عيب قديم في العقار المشفوع فتركه، فللشفيع الغائب أخذ العقار المشفوع كله بالشفعة (الهندية في الباب السادس).

مثال للشفيع الآخر الذي يكون في درجة المسقط:

لو باع أحد ثلاثة شركاء في عقار شائع حصته من أجنبي، وأسقط أحد الشريكين الباقيين حقه في الشفعة قبل الحكم، فللشريك الآخر أخذ جميع الحصة المبيعة بالشفعة.

مثال للشفيع الذي يكون دون الشفيع المسقط:

إذا كان لعقار شفيعان، أحدهما شريك والثاني جار ملاصق، وأسقط الشريك حقه قبل الحكم كان للجار الملاصق أخذه بالشفعة (الهندية في الباب السادس).

وإذا أسقط أحد الشفعاء حقه بعد حكم الحاكم، فليس للشفيع الآخر أخذ حقه.

لأنه لما قد تقرر ملك كل من الشفعاء في المشفوع وأبطل حق الآخرين فيه واسقط، فلا تعود حقوق الآخرين الساقطة فيه بترك أحدهم حقه مؤخراً (فتح المعين، الهندية في الباب السادس).

سؤال - يملك الشفيع المال المشفوع بحكم الحاكم، كما يستفاد من المادة (١٠٣٦)، بناء عليه فليس للشفيع حق في أن يقول لا آخذ المشفوع، على ما جاء في شرح المادة المذكورة، فلا يقصد بقوله (حقه) في المتن الحصة العقارية التي يملكها الشفيع بالشفعة، لأن العين لا تسقط بالإسقاط، فلو كان أحد مالكاً لدار وقال قد اسقطت هذه الدار فلا يسقط حقه بل تبقى ملكاً له كالأول. وإنما يزول ملك ذلك الشخص عن تلك الدار بتمليكه اياها ببيع أو هبة مثلاً، ولا يقصد حق الشفعة أيضاً من قوله (حقه). لأن حق الشفعة ينتهي بلحوق الحكم وبعد ذلك لا يبقى حق للشفعة. بناء عليه فإسقاط هذا الحق اسقاط الساقط. ألا ترى لو أعفي ولي القتيل القاتل من القصاص سقط عنه، أما لو أعفاه من بعد القصاص كان العفو باطلاً. وقد جاء في الهندية في الباب التاسع: ولا يصح تسليم الشفعة بعدما أخذ الدار بالشفعة.

جواب: المقصود من قوله (حقه) الحصة العقارية التي أخذها الشفيع بالشفعة والمقصود من الإسقاط هو الترك أيضاً.

يعني إذا ترك الشفيع بعد الحكم العقار المشفوع المملوك له حكماً، أي إذا رده للمشتري، بخيار العيب مثلاً، فليس للشفيع الآخر أن يأخذ حقه، أي نصيبه في العقار.

مثلاً إذا كان لعقار شفيعان أحدهما غائب والآخر حاضر، فرد الحاضر العقار بعيب قديم بعد أن أخذه كله بالشفعة بحكم إلى المشتري، فحضر الشفيع الآخر بعد ذلك، فإنما له أخذ نصف العقار بالبيع الأول وليس له أخذه كله إلا أنه إذا رده الشفيع الحاضر بخيار العيب بلا حكم الحاكم، فبما أن هذا الرد في حق الشفعة بيع جديد فللشفيع الغائب أخذ العقار كله بسبب هذا الرد.

كذلك إذا كان لعقار ثلاثة شفعاء، أحدهم حاضر واثنان غائبان، وحكم بالشفعة كلها للحاضر وحضر الشفيعان الغائبان، بعد الرد على الوجه المشروح، فلهما أخذ ثلثي ذلك العقار بالشفعة ويبقى الثلث للمشتري (الهندية في الباب السادس).

جواب آخر: لو أسقط أحد الشفعاء حقه بعد حكم الحاكم ولم يكن ذلك الإسقاط بسبب موجب لرد المشفوع كخيار الرؤية وخيار العيب. فلا يكون صحيحاً، وبما أن العقار المشفوع لا يخرج من ملك المسقط بالإسقاط الواقع، وبعبارة أخرى بما أنه ليس للشفيع ترك العقار المشفوع بعد الحكم، فليس للشفيع الآخر أخذ حقه.

أي لا يتسنى للشفيع الآخر أن يأخذ حصة الشفيع المسقط بالشفعة، حيث لا تخرج الحصة من ملك الشفيع بعد أن يحكم بها الحاكم، فعلم به أن عدم أخذ الباقين نصيب التارك لعدم صحة الترك لتقرر ملكه بالقضاء لا لانقطاع حقهم به مع صحة الترك منه (الطحطاوي).

وقوله في هذه الفقرة «بعد حكم الحاكم» احتراز عن شراء الشفيع، فلو كان لعقار شفيعان، أحدهما حاضر والآخر غائب، واشترى الشفيع الحاضر ذلك العقار من المشترى وجاء الشفيع الآخر، فله أخذ العقار كله إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الثاني، أنظر المادة (١٠٢٤) مع الفقرة الأولى من هذه المادة (الهندية في الباب السادس).

﴿مادة ١٠٤٤﴾ - (لو زاد المشتري على البناء المشفوع شيئاً من ماله كصبغه فشفيعه مخير إن شاء تركه وإن شاء تملكه بإعطاء ثمن البناء وقيمة الزيادة، وإن كان المشتري قد أحدث على العقار المشفوع بناء أو غرس فيه أشجار فالشفيع بالخيار إن شاء تركه وإن شاء تملك المشفوع بإعطاء ثمنه وقيمة الأبنية والأشجار وليس له أن يجبر المشتري على قلع الأبنية أو الأشجار)

لو زاد المشتري على البناء المشفوع شيئاً من ماله كصبغة أو تطيينه كان شفيعه مخيراً إن شاء ترك حق شفعته تماماً لأن للشفيع ترك ذلك الحق ولوبعد الزيادة وإن شاء تملكه بإعطاء ثمن الزيادة مع ثمن البناء بالشفعة، وليس له اجبار المشتري على قلع الصبغة والطين ونقضهما لأن نقضهما متعذر. ولا قيمة لأنقاضهما (فتح المعين).

وهذه الفقرة مثال للزيادة غير القابلة للانفصال، كما ان الفقرة الآتية مثال للزيادة القابلة

للتفريق أيضاً ويوضح إن الحكم فيهما واحد إيراد الأمثلة المتعددة على ذلك.

إن هذه الفقرة من الجلة متفق عليها عند الحنفية أما الفقرة الآتية فهي على مذهب الإمام أبي يوسف.

ولذلك إن كان المشتري قد أحدث على العقار المشفوع بناء أو غرس فيه أشجاراً فالشفيع بالخيار إن شاء ترك حق شفعته وإن شاء تملك المشفوع بإعطاء ثمنه وقيمة الأبنية والأشجار قائمة.

وقد فهم من المواد (٨٨٢ و ٨٨٤ و ٨٨٥) إن للقيمة ثلاثة أنواع، وقد صرح في الجوهرة والدر المنتقى في هذا بلزوم قيمته قائماً لأن المشتري لما كان محقاً في البناء فلا يجوز أن يجبر على قلعه كما أنه لا يجوز أن يجبر على اعطائه للشفيع بقيمته مستحقاً للقلع وكذلك لا يجبر المشتري على قلع الأبنية والأشجار لأنه لما كان المشتري قد بنى فيه أو غرس الشجر على أنه ملكه فهو محق في بنائه وغرسه، مع أن اجباره على القلع حكم يترتب على الشيء الذي بدون حق كالغصب، على ما جاء في المادة (٩٠٦) هذا على رأي الإمام أبي يوسف أما على رأي الطرفين فإذا كان قلع الأبنية والأشجار مضراً بالأرض فلا تقلع ويلزم الشفيع أخذها بقيمتها مقلوعة وإذا لم يكن قلعها مضراً تقلع (فتح المعين).

هذه المادة متفرعة من قاعدة «يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف» البينة في المادة (٢٧). لأنه يجتمع بهذا ضرران، أولهما ضرر اجبار المشتري على قلع الأشجار والأبنية.

وليس لهذا الضرر عوض يقابله، فيزول حق المشتري بلا عوض ويكون هباءً، مثلاً لو أنشأ المشتري على العرصة التي تساوي مائة دينار بناء يساوي خمسمائة دينار وأجبر على قلعه فانقاضه تساوي مائة دينار فقط ويكون الأربعمائة قد ذهبت أدراج الرياح،

الثاني ضرر اعطاء نقود زيادة عن ثمن المشفوع بإجباره على اعطاء المشتري قيمة الأبنية أو الأشجار زيادة عن ثمن المشفوع إذا أراد أخذه بالشفعة، وفي مقابل هذا الضرر يدخل في ملك الشفيع الأبنية أو الأشجار، وهي تكون بدلاً للضرر. وعليه فالضرر الذي له بدل، أخف من الضرر الذي ليس له بدل بناء عليه فيلزم ارتكاب أهون الضررين (الهندية، فتح المعين بإيضاح).

وقوله في الفقرة الثانية (الأبنية والأشجار) احتراز عن الزرع. لأنه لو ظهر للعرصة المشتراة شفيع بعد أن زرع فيها المشتري زرعاً فتبقى في يد المشتري إلى ادراك الزرع. وعليه فلا يلزم المشتري اعطاء اجرة مدة مضت قبل الحكم لوجودها في ملكه، أما بعد لحوق الحكم بالشفعة، فيعطي المشتري للشفيع اجرته في الحصاد. والفرق بين الزرع والأبنية أو الأشجار هو هذا: بما أن للزرع نهاية معلومة فليس في تأخيره ضرر كبير على الشفيع لأنه سيأخذ اجرة الأرض (فتح المعين، رد المحتار). ثم إذا ترك الأرض في يد المشتري يترك بغير اجر (الهندية في الباب الثامن).

الاختلاف بين الشفيع والمشتري في الأرض:

لو أراد الشفيع أخذ عقار بالشفعة بعد أن اشتراه المشتري، وادعى المشتري أنه أحدث فيه بناء

وكذبه الشفيع، فالقول للمشتري. فإذا أقام كلاهما البينة رجحت بينة الشفيع. والاختلاف في شجر الأرض هكذا أيضاً، ولكن إنما يقبل قول المشتري إذا كان محتملاً حتى إذا قال أحدثت فيها هذه الأشجار أمس لم يصدق على ذلك، وكذلك فيما اشبهه من البناء وغيره، وإن قال اشتريتها من عشرين سنة وأحدثت فيها هذا فالقول قوله (الهندية في الباب العاشر).

أحكام النقصان في المشفوع:

بما أن للنقصان في المشفوع أحكاماً فقد رؤي بيانها على الوجه الآتي:

المسألة الأولى - إذا انهدمت أو احترقت أو خربت الدار المشفوعة بغير فعل المشتري أو جفت الأشجار التي في البستان بغير فعل أحد لم يبق من انقاضها شيء أي إذا لم يأخذها المشتري وضاعت فإذا شاء الشفيع أخذ العرصة بكل الثمن. وإن شاء ترك شفعته وإلا فليس له تنزيل مقدار من الثمن في مقابل الأبنية والأشجار لأن الأشجار والأبنية بما أنها تابعة للأرض، حتى إنها تدخل في البيع من غير ذكر، كما هو مذكور في المادة (٢٣٢)، فلا حصة لها من الثمن، لأن بالانهدام لم يدخل في ضمان أحد فتعتبر قيمته على الحالة التي عليها مهدوماً.

أما إذا انهدمت الأبنية والأشجار وانقلعت وكانت الانقاض موجودة فيلزم تنزيل حصة ما يصيب الموجودة من الثمن. بناء عليه يقسم ثمن الدار المبيعة على قيمة الدار وقت العقد مع قيمة الإنقاض يوم الإنقاض الأخذ فيأخذ الشفيع الدار بالشفعة بحصتها من الثمن ويترك الإنقاض للمشتري (فتح المعين).

المسألة الثانية: إذا لم يكن التلف في المشفوع في الأوصاف، على الوجه المشروح آنفاً، وكان جزئياً، سقطت حصته من الثمن، وعليه فلو ظهر الشفيع للعرصة بعد أن غمر البحر أو الماء مقداراً منها فيأخذ الشفيع الباقي من العرصة سالماً بحصته من الثمن لأن الغائب في هذه المسألة بعض الأصل، أما في المسألة الأولى فالغائب وصف (فتح المعين، مجمع الأنهر).

كذلك لو زرع المشتري العرصة المشتراة، فحصل فيها نقصان بسبب الزراعة، فأخذها الشفيع بعد ذلك بالشفعة، فيقسم الثمن بين قيمة الأرض يوم الاشتراء وقيمتها بعد الزراعة ويأخذ الشفيع الأرض بحصتها من الثمن (الهندية في الباب الثاني).

المسألة الثالثة، إذا هدم المشتري الدار المشفوعة، فالشفيع مخير إن شاء أخذ عرصة الدار بحصتها من الثمن وإن شاء تركها لأنه لما كانت الأبنية التي تعد من الأوصاف على هذه الصورة مقصودة بسبب الإتلاف وحيث إنه إذا قصد الشيء الذي يكون تبعاً بالإتلاف فيجب أخذه بحصته من الثمن وترك الانقاض للمشتري. لأن الشفيع سيأخذ البناء بطريق التبعية، فلم تبق التبعية في تلك الحالة.

المسألة الرابعة: هدم الأجنبي للبناء كهدم المشتري اياه، بناء عليه فيجري في هذه الصورة حكم المسألة الآنفة (فتح المعين، مجمع الأنهر).

لأن العوض يسلم للمشتري فكأنه باعه (الجوهرة).

لأن بالهدم دخل في ضمان الهادم فتعتبر القيمة على الوصف الذي دخل في ضمانه (الهندية في الباب الثامن).

المسألة الخامسة: لو أخذ المشتري الثمن، الموجود في يد البائع والذي صرح بدخوله في البيع واستهلكه، فللشفيع المذكور تنزيل ما يصيب الثمر من الثمن، لأن الثمر لما دخل في البيع قصداً وله حصة من الثمن فيلزم عند فواته تنزيل حصة من الثمن. كذلك لو اشترى أحد الأرض المملوكة على أنها مبذورة ونبت فيها الزرع وبعد أن حصدها المشتري ظهر شفيعها فتقوم الأرض مبذورة فيأخذ الشفيع الأرض بحصتها من الثمن (الهندية في الباب الأول).

أما لو أخذ المشتري الثمر الحادث في العرصة وهي في يده بعد الشراء واستهلكه فليس للشفيع تنزيل بدله. لأن هذا حادث بعد العقد، وعليه فبما أن العقد لم يرد على الثمر، فلا يوجب فواته سقوط الثمن (فتح المعين).

كذا إذا كان شفيع الكرم الذي اشتراه أحد غائباً وأعطى الكرم في هذه الأثناء عنباً وحضر الشفيع الغائب وأخذ الكرم بالشفعة بعد استهلاك المشتري العنب ينظر فإذا كان شجر الكرم عند قبض المشتري الكرم في حالة الأزهار ولم تعقد قطوفه فلا يسقط شيء من الثمن، يعني على الشفيع اعطاء الثمن المسمى كاملاً وإذا كانت القطوف عاقدة عندما قبض المشتري الكرم فتنزل قيمة تلك الأثمار يوم قبضها من الثمن ويأخذ الشفيع الكرم بالباقي من الثمن (الهندية في الباب الأول).

أما إذا لم تستهلك الثمار وكانت موجودة على اشجارها فيأخذها الشفيع بالشفعة أيضاً استحساناً، لأنه لما كان متصلاً خلقة بالشيء المتصل بالعقار كان تابعاً للعقار (مجمع الأنهر).

أنظر شرح المادة (١٠١٧).

الخاتمة

في بيان حيل اسقاط الشفعة

إن اتخاذ الحيلة في أمر اسقاط الشفعة قبل وجوبها ليس مكروهاً عند أبي يوسف لأن الشفعة كانت على غير رضا المشتري فهو يدفع عن نفسه ضرر أخذ الشفيع ما له.

وعليه فالاحتيال الذي من هذا القبيل مباح ولو كان موجباً لضرر الغير. وهذا هو القول المفتى به، وقيد في السراجية بما إذا كان الشفيع غير محتاج إليه (الدر المختار، الطحطاوي بتصرف).

أما عند محمد فمكروه، وأما الاحتيال بعد وجوب الشفعة فمكروه بالإجماع (مجمع الأنهر) أنظر الحيلة السادسة.

مسألة: لاسقاط الشفعة عدة حيل:

الحيلة الأولى: إذا اشترى المشتري عقاراً بنقود معينة مشار إليها فلوس مجهولة المقدار وأضاع البائع الفلوس بعد القبض فلا تجري الشفعة في العقار المذكور، لأن الثمن في حال العقد كان معلوماً وبناء عليه فالبيع صحيح. لكن الثمن في حال الشفعة لما كان مجهولاً فجهالة الثمن في الشفعة مانعة لها، أنظر المادة (١٠٢٥)، مع أن هذه الحيلة أحسن وأسهل من غيرها، فإجراؤها في أسباب الشفعة الثلاثة ممكن (مجمع الأنهر، الدر المنتقي بإيضاح) رجل اشترى عقاراً بدراهم جزافاً واتفق المتبايعان على انهما لا يعلمان مقدار الدراهم وقد هلكت في يد البائع بعد التقابض فالشفيع كيف يفعل؟ قال القاضي الإمام أبو بكر يأخذ الدار بالشفعة ثم يعطي الثمن على زعمه لا إذا أثبت المشتري الزيادة عليه (الهندية في الباب السابع عشر).

والذي في المتون يفيد أنه لا يقبل قول الشفيع إذ لو قبل قوله لما كان لهذه الحيلة فائدة إلا إذا سكت (الطحطاوي).

الحيلة الثانية: أن يشتري العقار بثمن غال ثم يأخذ بعد الشراء مالاً خسيساً نظير ثمن المبيع للبائع برضاه. إذا أراد الشفيع الأخذ بالشفعة يلزمه أخذه بالثمن المسمى وليس بقيمة ذلك المال. لأن ذلك المال بما أنه عوض عن ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري فيكون البائع قد اشترى ذلك المال من المشتري بعقد آخر. وهذه الحيلة يمكن اجراؤها في الشريك والجار أيضاً لكن فيها ضرر للبائع وذلك لو ضبط العقار بالإستحقاق من يد المشتري فللمشتري الرجوع على البائع بثمن المبيع الغالي، وليس بقيمة المال الذي اعطاه بدلاً عنه، والأوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدنانير لا غير (مجمع الأنهر).

ويوجد ضرر للمشتري أيضاً، وهو : لو باع البائع بثمن غال واشتراه المشتري بهذا الثمن آملاً ان يقبل البائع المال الذي لا قيمة له في مقابله فللبائع ان يطالب بذلك الثمن وأن لا يقبل ذلك البدل الذي لا قيمة له.

الحيلة الثالثة: أن يفرز البائع مقدار ذراع من العقار الذي يريد بيعه من جهة الجدار المتصل بعقار الشفيع وبعد أن يبقى ذلك في ملكه أو بعد هبة هذا المقدار للمشتري وتسليمه اياه لو باع الباقي فلا يبقى للجار شفعة لأنه لما كان استحقاق الشفعة بالجوار والاتصال ففي هذه الصورة لم يبقى اتصال والتصاق (مجمع الأنهر).

هذه الحيلة لشفعة الجار.

الحيلة الرابعة: أن يشتري المشتري من العقار المبيع جزءاً صغيراً كالعشر بثمن غال بعقد ثم يشتري المقدار الباقي بثمن قليل، فالشفيع إنما يكون شفيعاً في السهم الذي بيع أولاً ولا يكون شفيعاً للمبيع بالعقد الثاني، وصورتها رجل له دار تساوي ألفاً فأراد بيعها على وجه لا يأخذها الشفيع فإنه يبيع العشر منها بتسعمائة ثم يبيع تسعة أعشارها بمائة فالشفعة تثبت في عشرها خاصة بثمنه ولا تثبت له الشفعة في التسعة الأعشار، لأن المشتري حين اشترى تسعة أعشارها صار شريكاً فيها بالعشر (الجوهرة).

فلو أراد أن يحلف بالله ما اردت بذلك ابطال شفعتي لم يكن له ذلك، لأنه لو أقر به لا يلزمه ولو استحلف بالله ما كان البيع الأول تلجئة فله ذلك، لأنه معنى لو أقر به يلزمه وهو خصم (الهندية في الباب العاشر) ولو بلغه البيعان معاً (فتح المعين).

لأن الشفيع في هذا المبيع جار والمشتري شريك. أما الشفيع فلا يرغب في المبيع لكثرة الثمن وقلة السهم (مجمع الأنهر مع الملتقى).

فأيهما خاف من صاحبه شرط الخيار لنفسه ولو خافا شرطا معاً ويجيزان معاً، ولو خاف كل إن أجاز لم يجز الآخر وكل كلٌ وكيلاً وشرط أن يجيز صاحبه (فتح المعين).

الحيلة الخامسة: أن يقر البائع بكذا جزء من العقار الذي سيبيعه للمشتري ويبيع الباقي بعد ذلك من المشتري فلا شفعة عند الخصاف للجار، لأن المشتري مقدم على الشريك والجار. ورده بعضهم بأن الشركة لم تثبت إلا بإقرار فلا يظهر في حق الشفيع (الحموي، القنية، فتح المعين).

لو ادعى الشفيع أن المعاملة الواقعة بين البائع والمشتري إنما هي حيلة لاسقاط شفعته فأراد أن يكلف المشتري باليمين على ذلك فليس له هذا الحق لأنه لا يلزم المشتري شيء إذا أقر بذلك فلا يتوجه عليه اليمين في حال انكاره (الخانية).

الحيلة السادسة: أن يقول المشتري للشفيع اشترِ مني المشفوع ولا تخاصمني، ويقول الآخر قد

فعلت، تبطل شفعته كذلك لو قال المشتري للشفيع اجرتك هذا لمدة مائة سنة بكذا قرشاً أو أعرتك اياه وطلبه الآخر بطلت شفعته أيضاً. وهذه كلها حيل في ابطال الشفعة (الجوهرة).

مسألة: لا حيلة لإسقاط الحيلة، وقد بحثنا عن ذلك كثيـراً فلم نعثر عليـه (مجمع الأنهر عن البزازية).

انتهى

الكتاب الرابع

الحوالة

صفحة

الفصل الأول في بيان ركن الحوالة

الفصل الثاني في بيان شروط الحوالة

الكتاب الخامس في الرهن ويشتمل على مقدمة وأربعة أبواب

الفصل الأول في بيان المسائل المتعلقة بركن الرهن

الفصل الثاني في بيان شروط وانعقاد الرهن

الفصل الثالث في زوائد المرهون المتصلة والتبديل والزيادة الحاصلة بعد عقد الرهن

الفصل الأول في بيان مؤونة المرهون ومصاريفه

الفصل الثاني في رهن المستعار

الفصل الأول في بيان أحكام الرهن العمومية

الفصل الثاني في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن

الفصل الثالث في بيان أحكام الرهن في يد العدل

الفصل الرابع في بيع الرهن

كتاب الأمانات

الكتاب السادس ويشتمل على مقدمة وثلاث أبواب

صفحة

الفصل الأول في المسألة المتعلقة بعقد وشرط الإيداع

الفصل الثاني في بيان أحكام الوديعة وضماناتها

الفصل الأول في بيان المسائل المتعلقة بعقد الإعارة وشروطها

الفصل الثاني في بيان أحكام العارية وضمانها

كتاب الهبة

صفحة

الفصل الثاني في بيان شرائط الهبة

الفصل الثاني في حق هبة المريض

كتاب الغصب
الكتاب الثامن ويشتمل على مقدمة وبابين

الفصل الأول في بيان أحكام الغصب وأركانه وشرائطه ومحاسنه

الفصل الثاني في بيان بعض المسائل المتعلقة بغصب العقار

الفصل الثالث في بيان حكم غاصب الغاصب

الفصل الأول في الإتلاف مباشرة

الفصل الثاني في بيان إتلاف المال تسبباً

الفصل الثالث فيما يحدث في الطريق العام

الفصل الرابع في جناية الحيوان

الكتاب التاسع

(في الحجر والأذن والإكراه والشفعة)

وينقسم إلى أربعة أقسام

الفصل الأول في بيان أصناف المحجورين وأحكامهم

الفصل الثاني

(في بيان المسائل المتعلقة بالصغير والمجنون والمعتوه)

الفصل الثالث في حق السفيه المحجور

الفصل الرابع في المدين المحجور

الباب الثاني في بيان المسائل التي تتعلق بالإكراه

الباب الثالث في بيان الشفعة وينقسم إلى أربعة فصول

الفصل الأول في بيان مراتب الشفعة

الفصل الثاني في شرائط الشفعة

الفصل الثالث في أنواع طلب الشفعة

الفصل الرابع في حكم الشفعة

الخاتمة في بيان حيل إسقاط الشفعة